Die Bestimmungen des preußischen Wassergesetzes vom 7. April 1913 über den Gemeingebrauch an Wasserläufen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Wilhelm Höfer,
Rechtsanwalt in Ülzen.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Göttingen 1917.
Druck der Universitätsbuchdruckerei von W. Fr. Kaestner.

Referent: Herr Geh. Justizrat Prof. Dr. Detmold.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548120_0046

Literaturverzeichnis.

I. Materialien.

Entwurf eines Wassergesetzes, Sammlung der Druchsachen des Preußischen Hauses der Abgeordneten (Anlagen zu den Stenographischen Berichten), 21. Legislaturperiode, V. Session 1912/13 (Preußische Verlagsanstalt, Berlin), Drucksache Nr. 9 A.

Begründung zu dem vorstehend bezeichneten Entwurfe, Sammlung der Drucksachen u.s.w., wie vorstehend, Drucksachen Nr. 9 B.

Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses (Bericht der 13. Kommission über den Entwurf eines Wassergesetzes), Sammlung der Drucksachen u.s.w., wie vorstehend, Drucksache Nr. 611 A.

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Preußischen Hauses der Abgeordneten, 21. Legislaturperiode, V. Session 1912/13 (Preußische Verlagsanstalt, Berlin) am 13. bis 16. November 1912 (2. Lesung) und 5., 6. Dezember 1912 (3. Lesung) unter Angabe der Spaltenzahl.

Kommissionsbericht des Herrenhauses (Bericht der XI. Kommission zu dem Entwurf eines Wassergesetzes), Anlagen zu den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Preußischen Herrenhauses in der Session 1912/13 (Julius Sittenfeld, Berlin) Aktenstück Nr. 209 A.

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Preußischen Herrenhauses in der Session 1912/13 (Julius Sittenfeld, Berlin) am 3., 4. Februar 1913.

II. Gesetz, Literatur u.s.w.

Baron: Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufs nach alten und neuen Gesetzen. In der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 236 ff.

Biermann: Die öffentlichen Sachen. Gießen 1905.

Bitta: Das Preußische Wassergesetz vom 7. April 1913, in seinen wichtigsten Bestimmungen besonders zum Gebrauch für Landwirte.

Bitta und v. Kries: Kommentar zum Preußischen Wassergesetz vom 7. April 1913 (Preußische Verlagsanstalt, Berlin 1913).

Bochalli: Der Gemeingebrauch an den Wasserläufen im Preuß. Verwaltungs-Blatt 1916 S. 22 ff.

Börner: Im Archiv für Civil-Praxis Bd. 38 S. 155 ff.

Brunner: In Verhandlungen des 23. deutschen Juristentages. Bd. II Berlin 1895. Commissions-Verlag von J. Guttentag.

Davidsohn: Der Rechtsschutz des Gemeingebrauchs an den öffentlichen Sachen (Dissertation Göttingen 1889.)

Dehms: Wassergrundstück und Fischereirecht im öffentlichen Fluß nach Preußischem Recht (Dissertation Breslau 1912).

Dernburg: Preußisches Privatrecht Bd. I, 5. Auflage Halle a. S. 1894.
Detmold: Der Begriff des Schutzgesetzes im § 823 des B.G.B. in Festgabe der Göttinger Juristen-Fakultät für Ferdinand Regelsberger. Leipzig 1901.
Frank: Gesetze betreffend Wasserrecht u. Wasserpolizei im Preußischen Staate. (Breslau 1888).
Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. I, 10. Auflage. Tübingen 1911.
Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. 2. Sachenrecht 1905.
Gottschalk: Das Preußische Wassergesetz vom 7. April 1913 auf Grund der Verhandlungen des Landtages (A. Marcus u. E. Webers Verlag Bonn 1913).
Haff: Das Wasserkraftrecht nach den Entwürfen eines preußischen Wassergesetzes und dem badisch-bayrischen Rechte in Rheinischer Zeitschrift für Zivil- u. Prozeßrecht. 3. Jahrgang. Mannheim u. Leipzig 1911.
Herrmann: Das preußische Wassergesetz vom 7. April 1913. Verlag von Korn, Breslau 1913.
Hermes: Das preußische Wassergesetz vom 7. April 1913. (Berlin 1913).
v. Hippel: Das preußische Wassergesetz — nach den amtlichen Motiven und den Verhandlungen im Abgeordnetenhause — (Deutsche Landbuchhandlung Berlin).
v. Hippel: Ist Diebstahl am fließenden Wasser möglich? Dissertation Halle a. S. 1895.
Holtz-Kreutz: Das preußische Wassergesetz vom 7. April 1913 Bd. I u. II (Carl Heymann's Verlag Berlin 1914).
Hornstein: Die rechtliche Natur der Wasserbenutzung (Dissertation Leipzig 1910).
Kloeß: Kommentar zum Wassergesetz für das Königrich Preußen vom 7. April 1913. (Verlag von Clemens Reuschel Berlin 1913).
Kohler: Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung. Jena 1880.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. Berlin 1899.
Landé u. Hermes: Allgemeines Landrecht, IV. Auflage.
Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. II. Leipzig 1898.
Moll: Einiges zum neuen Wasserrecht (Preußisches Verwaltungsblatt, Wochenschrift für Verwaltung u. Verwaltungsrechte in Preußen 1913 — S. 38 —).
Motive zum hannoverschen Entwurf eines Gesetzes über die natürlichen Wasserzüge in Akten-Stücke der Fünfzehnten allgemeinen Stände-Versammlung des Königreichs Hannover, enthaltend die Königlichen Propositionen und Regierungs-Schreiben, sowie die

ständischen Anträge und Antworten, Erste ordentliche Diät, erster Teil. Hefte I—III, Hannover in Commission der Helwingschen Hofbuchhandlung 1864.

Nieberding: Wasserrecht u. Wasserpolizei im preußischen Staate. (Breslau 1889) 2. Auflage von Frank.

Oertmann: Bayrisches Landesprivatrecht 1903.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 3. 4. Auflage. Berlin 1910.

Ossig: Römisches Wasserrecht. Leipzig 1898.

Preußisches Archiv, Sammlung der Gesetze und der das Rechtswesen betreffenden Verordnungen und Verfügungen Preußens und des Reichs. Herausgegeben von Adolf Weißler Leipzig.

Regelsberger: Pandekten Bd. I. Leipzig 1893.

von Sarwey: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. Tübingen 1880.

Schmidt: Das Recht der Wassernutzung nach Preußischem Wassergesetze vom 7. April 1913 (Verwaltungs-Archiv Bd. 22, S. 89 ff.).

Sokolowski: Der Besitz im klassischen Recht und dem Deutschen Bürgerlichen Gesetz. Halle 1907.

Staudinger: Schuldverhältnisse Bd. II, Teil 2. 7.—8. Auflage. München u. Berlin 1912.

Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechtes Bd. II. 3. Auflage. Berlin 1896.

Trautmann: Das Eigentum an öffentlichen Flüssen im Gebiet des allgemeinen Landrechts, Gr. Beitr. Bd. 48 S. 330 ff.

Treuenfels: Gemeingebrauch und Sonderrechte an öffentlichen Flüssen nach gemeinem Recht (Dissertation Erlangen 1899).

Ubbelohde: Über das im Königreich Hannover geltende Recht der Entwässerung und der Bewässerung im neuen Magazin für hannoversches Recht. Bd. I. Hannover 1880.

Ubbelohde: De fluminibus, ne quid in flumine publico ripave eius fiat, puo peius navigetur in Glück's Erläuterung der Pandekten. Buch 43 und 44. 4. Teil. Erlangen 1893.

Ubbelohde: De locis et itineribus publicis daselbst.

Vossen: Der Gemeingebrauch am Wasser — Sammlung wasserwirtschaftlicher Schriften Bd. 2. — (Halle a. S. Verlag Wilhelm Knapp 1911).

Vossen: Einiges zum neuen Wasserrecht (Preußisches Verwaltungsblatt, Wochenschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechte in Preußen 1913 — S. 9 —).

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I. 6. Aufl. 1887.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. Geschichtliches 1

B. Ausführung.

§ 2. Die rechtliche Natur des Gemeingebrauchs 8
§ 3. Begriff und Arten der Wasserläufe im Sinne des Gesetzes 14
§ 4. Das Eigentum an den Wasserläufen 27
§ 5. Der Gemeingebrauch an den natürlichen Wasserläufen erster Ordnung 33
§ 6. Der Gemeingebrauch an den natürlichen Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung 39
§ 7. Der Gemeingebrauch an Seen und Talsperren 43
§ 8. Der Gemeingebrauch an künstlichen Wasserläufen . . . 47
§ 9. Der öffentliche Verkehr auf den Wasserläufen erster Ordnung 48
§ 10. Das Leinpfadsrecht 49
§ 11. Die Flößerei auf den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung 59
§ 12. Der öffentliche Verkehr auf den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung 63
§ 13. Das Verhältnis des Gemeingebrauchsberechtigten zu dem Eigentümer des Wasserlaufs und der Ufergrundstücke und demjenigen, der ein Recht zur Benutzung des Wasserlaufs hat. 66
§ 14. Das Verhältnis der Gemeingebrauchsberechtigten untereinander 70
§ 15. Die Aufgabe der Wasserpolizei 71
§ 16. Der Schutz der Gemeingebrauchsberechtigten 74

C. Schluß.

§ 17. Rückblick 78

A. Einleitung.

§ 1. Geschichtliches.

Bekanntlich hat das bürgerliche Gesetzbuch von einer reichsrechtlichen Ordnung des Wasserrechts Abstand genommen und die ganze Materie dem Landesrecht überlassen. Der Grund für diese Behandlungsweise war sicherlich nicht, daß der auf diesem Gebiete geltende Rechtszustand einer Verbesserung nicht für bedürftig erachtet wäre. Im Gegenteil, es gab kaum ein Rechtsgebiet, wo eine umfassende Neuordnung so dringend geboten war, wie gerade hier, teils weil die in Betracht kommenden Vorschriften für unsere deutschen, namentlich für unsere heutigen deutschen Verhältnisse nicht paßten, teils und vornehmlich aber, weil kaum auf irgend einem Rechtsgebiete die grundlegenden Fragen so umstritten waren wie hier. So war streitig, ob die allgemein angenommene Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Gewässern sich nach den Kriterien des deutschen oder römischen Rechts zu entscheiden habe. Nicht minder umstritten war aber gerade die Frage, worin das maßgebende Kriterium für diese Unterscheidung zu erblicken sei. Während eine weitverbreitete Meinung annimmt, daß alle ständig mit Wasser ver-

sehenen Wasserzüge als öffentliche Gewässer anzusehen seien[1]), wird von anderer Seite geltend gemacht, daß zunächst zwischen Flüssen und Bächen zu unterscheiden und daß letztere stets zu den Privatgewässern zu rechnen seien[2]).

Nicht minder umstritten ist die Frage, wer als Eigentümer der öffentlichen Gewässer anzusehen sei[3]).

Vielfach abweichende Grundsätze vertritt dann wieder die neuere interessante Schrift von Ossig „Römisches Wasserrecht". Ossig[4]) geht bei der Beurteilung der Rechtsverhältnisse an Wasserläufen davon aus, daß infolge des natürlichen Ganges der Volkswirtschaft und der Rechtsentwicklung gewöhnlich die tatsächlichen Zustände die Rechtsnormen erzeugen und die Lebensverhältnisse sich nicht umgekehrt nach abstrakten von der Theorie willkürlich erfundenen Rechtssätzen gestalten. Die Unterscheidung der Flüsse im römischen Recht sei somit nicht ein Erzeugnis von Gesetz und Theorie, sondern sei aus der natürlichen Entwicklung der Dinge hervorgegangen. Wie es denn überhaupt ein Hauptgrundsatz, der das römische Wasserrecht beherrsche, sei, daß dem Rechtszustande, wie er sich in Wirklichkeit an den einzelnen Wasserläufen festgestellt habe, in weitgehendem Umfange Rechnung getragen sei[5]). Hiernach seien nur die größeren be-

---

1) Auf diesen Standpunkt stehen namentlich der hannoversche Gesetzesentwurf über die natürlichen Wasserzüge und die Motive zu diesem Entwurf in Aktenstücke der fünfzehnten allgemeinen Ständeversammlung S. 275 ff. und S. 289 ff.

2) z. B. Windscheid S. 470.

3) Vergl. hierzu Dernburg S. 614, Ossig S. 80 ff., Ubbelohde Glücks Erl. S. 415, Trautmann Gr. Beiträge 48 S. 330 ff., Mayer S. 68, Nieberding S. 64, Dehms S. 22 ff., Hornstein S. 6 ff. und die hier Angeführten, Treuenfels S. 11, R.G. 3 S. 233, 4 S. 258, 32 S. 237.

4) S. 6.

5) S. 145.

ständig fließenden Wasserläufe, welche nach ihren natürlichen Eigenschaften der Benutzung der Allgemeinheit zu dienen vermögen, öffentliche Gewässer, nicht aber die Bäche, weil diese nur der Benutzung Einzelner unterworfen seien [1]). Das gleiche wie im römischen Recht, so fährt Ossig weiter fort, gelte auch für das deutsche Recht. Auch hier habe sich die Öffentlichkeit der Wasserläufe in der Wirklichkeit festgestellt und auch hier nur für Wasserläufe von bedeutenderem Umfange [2]). Die Behauptung, daß nach deutschem Recht nur die schiffbaren und die flößbaren Wasserläufe als öffentliche zu gelten hätten, sei nicht zutreffend [3]). Ein Rechtssatz, welcher dies in verbindlicher Form ausgesprochen hätte oder eine Rechtsüberzeugung, welche sich nach diesem Grundsatz hin geäußert hätte, sei nirgends zu finden [4]). Ebenso müsse aber auch für das gemeine Recht angenommen werden, daß hier ebenfalls der Unterschied in öffentliche und private Flüsse der Wirklichkeit entspränge und nicht Theorie und Gesetz [5]). Eine Unterscheidung der Wasserläufe in öffentliche und private aus dem Gesichtspunkt, ob ein Wasserlauf schiffbar sei oder nicht, sei auch für das gemeine Recht nicht gegeben [6]).

Dagegen schied das allgemeine Landrecht [7]) die Flüsse in öffentliche und private, je nach dem, ob sie schiffbar waren oder nicht [8]).

Nach römischem Recht dienten nun die öffentlichen Flüsse

1) S. 1 ff. insbesondere S. 4.
2) S. 144.
3) S. 142.
4) S. 143.
5) S. 144.
6) a. a. O.
7) II Titel 15 § 38.
8) Jedoch begründet die Flößerei den Charakter der Schiffahrt nicht. O.V.G. 29, S. 240.

in der Weise der Allgemeinheit, fand an ihnen also der Gemeingebrauch statt, als es jedem Bürger erlaubt war, in den öffentlichen Flüssen zu fischen, zu baden, das Vieh zu tränken, darauf zu schiffen und zu flößen, in und an den Flüssen Bauten und Anlagen zu errichten, Wasser zu schöpfen oder zur Grundstücksbewässerung und zu anderen Zwecken abzuleiten [1]).

Ferner hatte jeder Bürger das Recht, dem öffentlichen Flusse Muscheln, Schlamm, Steine zu entnehmen, von Grundstücken ablaufendes Regenwasser und auch anderes Wasser aber ohne schädliche Bestandteile in den Fluß zu leiten [2]).

Auch bei Privatflüssen durfte jeder aus den Privatflüssen schöpfen, trinken und tränken [3]).

Bei Ausübung des Gemeingebrauchs mußte aber auf die anderen Gemeingebrauchsberechtigten Rücksicht genommen werden, das heißt, jeder kann den Gebrauch machen, jedoch nur soweit, daß der Gebrauch den andern in gleichem Umfange möglich ist [4]).

Voraussetzung für die Ausübung des Gemeingebrauchs war außerdem, daß man an den betreffenden Fluß gelangen konnte, ein Recht, über das private Grundstück eines Anliegers zu gehen, bestand nicht [5]).

Die Regelung und Beaufsichtigung des Gemeingebrauchs erfolgte in erster Linie auf polizeilichem Wege [6]).

Daneben waren aber zum Schutze des Gemeingebrauchs gewisse speziell diesem Zwecke dienende Interdikte gegeben,

1) Ubbelohde im neuen Magazin S. 358, Ossig S. 107 ff.
2) Davidsohn S. 9.
3) Kuhlenbeck II S. 396, Davidsohn S. 8.
4) Regelsberger S. 421.
5) Ubbelohde a. a. O. S. 358.
6) Davidsohn S. 11.

die scharf umgrenzt, im einzelnen vielfach von einander abweichend waren und nicht selten den Eindruck des Willkürlichen machten[1]). Gemeinsam ist diesen Interdikten, daß sie popularen Charakter hatten[2]), das heißt, durch sie wurde das Recht der Gesamtheit wahrgenommen, daneben dienten sie aber auch dem besonderen Interesse des einzelnen Gemeingebrauchsberechtigten[3]). Im letzteren Falle nahm das Interdikt den Charakter einer privaten Schadensersatzklage an[4]). Subsidiär stand auch hier die actiō iniuriarum zur Verfügung[5]).

Im deutschen Recht und später im gemeinen Recht fand der Gemeingebrauch ähnlich wie nach römischem Recht statt[6]). Er wurde nur durch die immer mehr aufkommenden Regale eingeschränkt[7]), so hat z. B. das Fischereirecht in den öffentlichen Flüssen nach deutschem wie gemeinem Recht der Staat[8]).

Die Beaufsichtigung und Regelung des Gemeingebrauchs lag wiederum beim Staate. Im übrigen galten noch die zum Schutze des Gemeingebrauchs gegebenen prätorischen Klagen, die Interdikte[9]).

Nach allgemeinem Landrecht[10]) war jedem, abgesehen von der Schiffahrt, Kahnfahren und der Flößerei mit verbundenen Hölzern, nur das Schöpfen, Baden und Trinken

1) Sokolowski S. 29 ff., Davidsohn S. 11 ff., S. 50 ff., Ossig S. 98 ff.
2) Ossig a. a. O., Davidsohn S. 12, Kuhlenbeck S. 403.
3) Davidsohn a. a. O., Kuhlenbeck a. a. O.
4) Kuhlenbeck a. a. O.
5) Kuhlenbeck a. a. O., Davidsohn S. 114 ff.
6) Dernburg S. 616.
7) Davidsohn S. 9.
8) Dernburg a. a. O.
9) R.G. 16 S. 145, Davidsohn S. 119 ff.
10) §§ 44, 45 II Titel 15.

unverwehrt, das Tränken jedoch nur an den bereits vorhandenen Tränk- und Schwemmstätten. Alle übrigen Nutzungen am Flusse bilden einen Vorbehalt des Staates [1]).

Bei Privatflüssen war nach § 2 des preußischen Gesetzes über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 nur, wo öffentliche Plätze oder Wege das Ufer eines Privatflusses bildeten, das Trinken, Schöpfen und Tränken von Vieh gestattet. Das gleiche muß vom Baden gelten, soweit dasselbe nicht im einzelnen Falle eine Verletzung der Vorschriften über die öffentliche Ordnung und Sitte in sich schließt [2]).

Hiernach gehörte im Gebiete des allgemeinen Landrechts das Eislaufen überhaupt nicht und das Kahnfahren bei Privatflüssen nicht zum Gemeingebrauch.

Nicht zugelassen war das Einleiten von Wasser und Abwässer in einen Wasserlauf als Gemeingebrauch, jedoch hat das Reichsgericht dem Anlieger an einem natürlichen Wasserlauf das Recht zuerkannt, Abwässer in den Wasserlauf zu leiten, wenn die Einleitung nach Art und Maß die Grenzen des Regelmäßigen, Gemeinüblichen nicht überschreitet, da der Fluß von der Natur bestimmt sei, Abwässer aufzunehmen [3]).

Sowohl nach allgemeinem Landrecht [4]), wie nach dem Privatflußgesetz [5]) hat die Beaufsichtigung und Regelung des Gemeingebrauchs der Staat durch seine hierzu bestimmten Organe.

Schließlich bestand nach sämtlichen Rechten an den Ufer-

1) A.L.R. II 14 §§ 24 ff., 15 §§ 38 ff., 46, 229, Nieberding S. 306, Vossen S. 21.

2) Nieberding S. 246.

3) R.G. 16 S. 178, Vossen S. 34, Holtz-Kreutz, Bd. 1 S. 173, Schmidt S. 122.

4) Landé Hermes S. 650.

5) § 2 d. G.

grundstücken der schiffbaren natürlichen Flüsse das sogenannte Leinpfadsrecht als ein Ausfluß des Gemeingebrauchs [1]).

Bei der vorstehend geschilderten Sachlage mußte es eine der wichtigsten Aufgaben der Landesgesetzgebung sein, das Wasserrecht einer umfassenden und gründlichen Neuordnung zu unterwerfen. In der Tat sind dann auch in Hessen, Baden, Württemberg, Elsaß-Lothringen, Sachsen und schließlich auch in Preußen umfassende Neuordnungen des Wasserrechts erfolgt.

Durch das preußische Wassergesetz vom 7. April 1913 hat nun eine einheitliche Regelung des gesamten Wasserrechts für ganz Preußen stattgefunden. Nach § 399 des Gesetzes sind sämtliche dem Wasserrecht des bisherigen Rechts angehörenden Vorschriften, insbesondere die in Absatz 2 des Paragraphen aufgeführten 79 Vorschriften, aufgehoben. Bestehen geblieben sind nur solche Vorschriften, die besonders im Gesetz aufrecht erhalten sind [2]) oder Gegenstände betreffen, die durch das Gesetz nicht berührt werden.

Den Gemeingebrauch hat das Gesetz im dritten Titel „Benutzung der Wasserläufe", nachdem es unter Nr. I in den §§ 19—24 allgemeine Vorschriften über die Benutzung gegeben hat, unter Nr. II mit der Überschrift „Gemeingebrauch" in den §§ 25—39 geregelt. Daneben befinden sich noch Vorschriften über den Gemeingebrauch in den §§ 199, 87, 57 und 21 des Gesetzes.

Gemäß § 400 sind die Bestimmungen der §§ 1, 2, 4 bis 6 des Gesetzes und die §§ 152 bis 175, 383, soweit es sich um den Ausbau von Wasserläufen erster Ordnung handelt, mit dem Tage der Verkündung in Kraft getreten. Ver-

1) Ubbelohde a. a. O., Stobbe-Lehmann II S. 338, Dernburg S. 627, L.R. II, 15 § 55, 57, 58.

2) Vergl. z. B. §§ 387 ff.

öffentlicht ist das Gesetz am 22. April 1913[1]). Das Inkrafttreten der übrigen Vorschriften sollte gemäß Abs. 1, Satz 2 des § 400 durch Königliche Verordnung bestimmt werden. Diese Königliche Verordnung ist unter dem 13. April 1914 ergangen[2]). Hiernach sind das gesamte Wassergesetz und damit auch die Bestimmungen über den Gemeingebrauch an Wasserläufen am 1. Mai 1914 in Kraft getreten.

Ehe auf diese Bestimmungen näher eingegangen wird, ist zunächst die rechtliche Natur des Gemeingebrauchs, Begriff und Arten der Wasserläufe im Sinne des Gesetzes und das Eigentum daran zu erörtern.

B. Ausführung.

§ 2. Die rechtliche Natur des Gemeingebrauchs.

Die rechtliche Natur des Gemeingebrauchs ist sehr bestritten. Eine Auffassung[3]) geht dahin, daß der Gemeingebrauch öffentlich-rechtlicher Natur sei. Eine andere Auffassung[4]) sieht in dem Gemeingebrauch Ausübung eines reinen Privatrechts.

Um die Frage nach der rechtlichen Natur des Gemeingebrauchs zu beantworten, ist davon auszugehen, daß ursprünglich in den Anfängen der Menschheit infolge des Nomadenlebens fast alle Sachen im gemeinen Gebrauch standen. Mit dem Recht auf den Gemeingebrauch wurde

1) Preuß. Archiv 1913 S. 161 ff.

2) Preuß. Archiv 1914 S. 542.

3) Gierke S. 25 ff., Dernburg S. 139, Davidsohn S. 6, Nieberding S. 80, Ubblohde Glück's E. S. 38, 46, R.G. I S. 158, 6 S. 159, 8 S. 152.

4) Regelsberger S. 422, Ubbelohde a. a. O. S. 174, Oertmann §§ 95 S. 409, 96 S. 421 Nr. 2; vergl. auch Kuhlenbeck S. 399, Kohler S. 130, 133.

der Mensch geboren. Der Gemeingebrauch stand dem Menschen als solchen zu. Bei der Weiterentwicklung der Menschheit, dem Seßhaftwerden der Menschheit, der Bildung von Völkerschaften und Staaten, dem Emporblühen von Handel und Wandel ging naturgemäß der Gemeingebrauch an den meisten Sachen verloren. Er blieb schließlich nur an solchen Sachen bestehen, die notwendiger und natürlicher Weise der Mitbenutzung aller unterlagen. Es sind dies die sogenannten öffentlichen Sachen, also die öffentlichen Wege, Plätze, Flüsse usw. Ruft man sich diese Entwicklung des Gemeingebrauchs vor Augen und berücksichtigt man, daß die Rechtsnormen sich nach den tatsächlichen Verhältnissen aufgebaut haben, also die Natur des Gemeingebrauchs durch die Rechtsnormen nicht geändert sein kann, so kommt man logischer Weise zu dem Schluß, in dem Gemeingebrauch „ein ursprüngliches, nicht verliehenes, von selbst bestehendes Recht für jedermann[1]), ein angeborenes Recht, ein Menschenrecht auf Gebrauch der öffentlichen Sachen“[2]) zu sehen. Dieses Recht ist ein Recht ohne bestimmtes Subjekt, denn es steht nicht bestimmten Menschen zu, sondern allen[3]). Aber auch das bestimmte Objekt fehlt[4]), denn das Recht geht nicht auf den Gebrauch bestimmter Sachen, sondern aller Sachen, soweit diese dem Rechte unterliegen. Außerdem wechseln die Sachen. Jederzeit kann eine neue Sache an die Stelle der alten treten[5]). Die Sachen können auch gänzlich dem

1) Infolge der Staatenbildung für den Ausländer aber nur gestattet durch völkerrechtliche Bestimmungen oder einfach im Wege der Reciprozität; vergl. Regelsberger S. 419.

2) Mayer S. 114.

3) Mayer S. 115, Kuhlenbeck S. 388.

4) Mayer a. a. O.

5) z. B. ein Fluß verläßt sein Bett und es bildet sich ein neues Bett oder ein öffentlicher Weg wird verlegt.

Recht, z. B. durch veränderte wirtschaftliche Verhältnisse, wie eben ausgeführt, entzogen werden. Das Recht äußert sich einmal in dem Gebrauche der ihm unterworfenen Sachen, wie sich solch ein Gebrauch der wirtschaftlichen Bedeutung der Sachen entsprechend gebildet hat, weiter aber auch in dem Anspruch gegenüber Staat und jedermann, diesen Gebrauch nicht zu hindern. Der Gemeingebrauch ist also ein absolutes Recht[1]). Er beruht einzig und allein in der Persönlichkeit dessen, der ihn ausübt, und ist von vornherein verbunden mit jeder Persönlichkeit, mit jedem rechtsfähigen Subjekt. Er kann auch von dieser nicht gelöst werden, er ist kein Gegenstand der Vererbung noch der Veräußerung, er ist unverzichtbar und unübertragbar[2]).

So ist das Recht des Gemeingebrauchs gestaltet. Es paßt darauf keine von den fest ausgeprägten Formen zivilrechtlicher Befugnisse, auch ein subjektiv öffentliches Recht ist darin nicht gegeben[3]). Der Anspruch, den das Recht des Gemeingebrauchs gewährt, ist vielmehr „ein Stück der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit, mit welcher der Mensch in die bürgerliche Gesellschaft, der öffentlichen Gewalt wie den Mitmenschen gegenüber, ausgestattet, mit welcher er darin aufgenommen ist“[4]).

Der Inhalt des Rechts auf den Gemeingebrauch unterliegt wie alle Äußerungen der Freiheit der Regelung des

1) Mayer S. 116.
2) Mayer a. a. O.
3) Mayer a. a. O.
4) Mayer a. a. O.; vergl. hierzu auch v. Sarwey S. 429 ff.: „wenn jemand von der Teilnahme an den Einrichtungen des menschlichen Lebens, die allgemein jeder Person als solcher zustehn, ohne zureichenden Grund ausgeschlossen wird“, ist das Nichtanerkennung der Persönlichkeit und als solche Rechtsverletzung. „Es gehört dahin der Gebrauch der öffentlichen Wege, des öffentlichen Wassers usw.“.

Gesetzes[1]). Das Gesetz kann aussprechen, in welcher Weise und in welchen Grenzen der Gemeingebrauch auszuüben sei. Es kann ihn unterdrücken und beschränken oder auch erweitern, oder, was gleich steht, der vollziehenden Gewalt die Regelung des Gemeingebrauchs übertragen[2]).

Über die rechtliche Natur des Gemeingebrauchs an Wasserläufen sagt nun die Begründung[3]) zu dem Entwurf eines Wassergesetztes vom Dezember 1911, der ebenfalls im dritten Titel unter II in §§ 25 bis 39 Bestimmungen über den Gemeingebrauch enthält, folgendes:

Nach dem Entwurfe wurzelt der Gemeingebrauch im öffentlichen Rechte. Der Verpflichtung des Wasserlaufeigentümers, die Ausübung des Gemeingebrauchs zu dulden, entspricht kein privatrechtlicher Anspruch des einzelnen, diese Duldung zu verlangen. Der Gemeingebrauch ist nur ein öffentliches Recht der Allgemeinheit. Er ist subsidiärer Natur und hat hinter allen wirklichen Rechten zur Benutzung des Wasserlaufs zurückzustehen. Der Eigentümer des Wasserlaufs braucht, abgesehen von der Bestimmung des § 36, die verbietet, den nach den Vorschriften über den Gemeingebrauch zulässigen öffentlichen Verkehr zu hindern, auf den Gemeingebrauch bei der Ausübung seiner Benutzungsrechte keine Rücksicht zu nehmen (§ 41 Abs. 2) und bedarf, wenn er dabei den Gemeingebrauch beeinträchtigt oder sogar gänzlich unmöglich macht, nicht der Verleihung, da er die ihm gesetzlich zustehenden Befugnisse damit nicht überschreitet. Wenn hiernach dem Eigentümer in Ansehung seines aus dem Eigentume folgenden Rechtes, „mit der Sache nach Belieben zu verfahren", durch den Gemein-

1) Mayer S. 118.
2) Mayer a. a. O.
3) S. 16, 17.

gebrauch keine Schranken auferlegt werden, so wird er doch in dem gleichfalls aus dem Eigentume folgenden Rechte, „andere von jeder Mitwirkung auszuschließen“ (§ 903 B.G.B.), insofern beschränkt, als er die Ausübung des Gemeingebrauchs an dem ihm gehörenden Wasserlaufe dulden muß.

Sucht jemand das Recht zur Benutzung eines Wasserlaufs im Wege der Verleihung nach, so hat zwar die Verleihungsbehörde von Amts wegen dafür zu sorgen, daß der Gemeingebrauch nicht unnütz erschwert oder unmöglich gemacht wird, doch kann wegen Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs kein Widerspruch gegen die Verleihung erhoben werden und der Unternehmer braucht für die einzelnen aus der Behinderung des Gemeingebrauchs erwachsenden Nachteile keine Entschädigung zu leisten (§ 50 Abs. 3). Ist die Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs für die Allgemeinheit von solchem Nachteile, daß sie aus Gründen des öffentlichen Wohles nicht zugelassen werden kann, so wird die Verleihungsbehörde allerdings zu erwägen haben, ob nicht auf Grund des § 49 Abs. 1 die Verleihung versagt werden muß.

Die Möglichkeit, den Gemeingebrauch auszuüben, findet im allgemeinen ihre Grenze an dem privatrechtlich geschützten Rechtskreise jedes anderen. Der Gemeingebrauch kann in der Regel nicht ausgeübt werden unter Eingriff in fremde Rechte, insbesondere nicht unter Verletzung des Eigentums am Ufergrundstück oder am Wasserlaufe (vergl. § 38). Greift der zum Gemeingebrauche Berechtigte in besondere Rechte Dritter ein, so ist ein Streit über die Beeinträchtigung eines solchen Rechtes kein Streit über den Gemeingebrauch, sondern ein Streit über das Recht, zu dessen Entscheidung, falls es sich um ein Privatrecht handelt, die ordentlichen Gerichte berufen sind. Aber auch die Wasserpolizeibehörde kann regelnd, beschränkend oder verbietend gegen jede für

andere nachteilige Ausübung des Gemeingebrauchs einschreiten, sei es durch allgemeine Verordnung oder durch gegen den einzelnen gerichtete Verfügungen (§ 39).

Aus dem Wesen des Gemeingebrauchs als der gleichen Befugnis aller, die sich in der Lage befinden, von dem Gegenstande der Befugnis Gebrauch zu machen (R.G. 16 S. 146), folgt ferner, daß die Befugnis eines jeden einzelnen in der gleichen Befugnis aller übrigen seine Schranken findet. Deshalb darf der einzelne zum Gemeingebrauche Befugte den Wasserlauf nicht in solcher Weise benutzen, daß dadurch den übrigen die Mitausübung des Gemeingebrauchs unmöglich gemacht oder unverhältnismäßig erschwert wird (§ 37, vergl. auch die vorzitierte Entscheidung des R.G.).

Die öffentlich-rechtliche Natur des Gemeingebrauchs schließt bei Streitigkeiten unter den einzelnen Gemeingebrauchsberechtigten die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte aus. Es ist vielmehr lediglich Aufgabe der Wasserpolizeibehörde, zwischen den verschiedenen zum Gemeingebrauche Berechtigten einen Ausgleich zu schaffen (§ 39).

Infolge dieser Ausführungen der Begründung des Entwurfs in Verbindung mit der Tatsache, daß den darin hervorgehobenen Bestimmungen des Entwurfs die §§ 36, 57, 49 Abs. 1, 38, 39, 21, 37 des Gesetzes mit geringen Abweichungen entsprechen, wird allgemein [1]) der Charakter des Gemeingebrauchs an Wasserläufen als ein öffentlich-rechtlicher angesehen, aber zu Unrecht. Dadurch, daß Bestimmungen über den Gemeingebrauch an Wasserläufen durch das Wassergesetz erfolgt sind, wird selbstverständlich der rechtliche Cha-

1) Kloeß S. 23, Bitta und v. Kries S. 59, Gottschalk S. 39, Holtz-Kreutz Bd. 1. S. 173, Schmidt S. 126, Bochalli Pr.V.Bl. 1916 S. 23 Nr. III.

rakter des Gemeingebrauchs nicht berührt[1]). Es geht daher nicht an, zu sagen, aus den einzelnen Bestimmungen des Wassergesetzes über den Gemeingebrauch ergebe sich, daß der Gemeingebrauch im öffentlichen Recht wurzele.

Was nun den Schutz des Gemeingebrauchs an Wasserläufen betrifft, so galten bis in die neueste Zeit die im § 1 der Arbeit für das bisherige Recht entwickelten Grundsätze, da, wie gesagt, das bürgerliche Gesetzbuch die Regelung des Wasserrechts der Landesgesetzgebung überlassen hat. Im übrigen wird wegen der jetzt gegebenen Rechtsmittel zum Schutze des Gemeingebrauchs an Wasserläufen auf den § 16 der Arbeit verwiesen.

§ 3. Begriff und Arten der Wasserläufe im Sinne des Gesetzes.

Was versteht das Gesetz unter Wasserläufen und welche Arten von Wasserläufen kennt es? Von der Eigenart der Gewässer hängt ihre Bedeutung für die wirtschaftlichen Interessen, sowohl des einzelnen, wie der Allgemeinheit und somit auch für den Gemeingebrauch, ab.

Das Gesetz macht einen Unterschied zwischen Wasserläufen und den Gewässern, die nicht zu den Wasserläufen gehören. Die Wasserläufe regelt das Gesetz im ersten Abschnitt mit der Überschrift „Wasserläufe". In den §§ 1—6 hat das Gesetz Normen über den Begriff und die Arten der Wasserläufe aufgestellt.

Nach § 1 Satz 1 sind Wasserläufe die Gewässer, die in natürlichen oder künstlichen Betten beständig oder zeitweilig oberirdisch abfließen.

Das Kennzeichen des Wasserlaufs ist, daß er beständig

1) Vergl. S. 9 und 10.

oder zeitweilig oberirdisch in einem sichtbaren Gerinne abfließt. Dabei ist unerheblich, ob das Abfließen dauernd oder nur in gewissen Zwischenräumen stattfindet.

In der Begründung des Entwurfs zum Wassergesetz[1]) wird ausgeführt, durch das vorübergehende Versiegen in Zeiten besonderer Trockenheit oder während eines bestimmten Teiles des Jahres werde einem Gewässer seine Eigenschaft als Wasserlauf nicht genommen. Es solle nicht eine bestimmte gleichmäßig fließende Wassermenge und auch nicht das Abfließen zu bestimmten, regelmäßig wiederkehrenden Zeiten im Jahre das Entscheidende sein, sondern allein die Tatsache, daß ein Abfluß nicht nur einmal, oder bei ungewöhnlichen Naturereignissen, sondern bei zeitweilig, wenn auch unregelmäßig wiederkehrenden Verhältnissen stattfinde, z. B. aus Anlaß der Schneeschmelze oder stärkerer Niederschläge.

Das Abfließen des Wasserlaufs braucht nicht auf der ganzen Strecke oberirdisch zu sein, wohl aber auf der Hauptstrecke. Ist dies der Fall, dann zählen auch die unterirdisch verlaufenden Strecken zu den Wasserläufen, denn sie bilden mit dem Wasserlauf ein untrennbares Ganzes und müssen daher aus wirtschaftlichen Gründen den gleichen Vorschriften wie die oberirdisch verlaufenden Strecken unterworfen werden.

Nicht zu den Wasserläufen gehören dagegen die gänzlich unterirdisch verlaufenden Gewässer.

Die Wasserläufe selber sind entweder natürliche oder künstliche Gewässer.

Zum Begriffe eines natürlichen Wasserlaufs gehört, daß ihm Wasser regelmäßig aus einem Quellgebiet zufließt und daß er sich in einem durch Naturkraft geschaffenen Bette

1) S. 48.

fortsetzt [1]). Ein solcher Wasserlauf gilt nach § 1 Absatz 4 als natürlicher auch nach einer künstlichen Veränderung.

Ein künstlicher Wasserlauf ist gegeben, wenn das Bett, in dem er abfließt, ursprünglich künstlich hergestellt ist.

Bei der Feststellung, ob ein Wasserlauf ein natürliches oder künstliches Bett hat, wird meistens die Gestaltung des Flußbettes den Ausschlag geben. Indem das Gesetz im § 1 Absatz 3 Satz 3 eine Vermutung für Triebwerkskanäle (Mühlgräben und dergleichen) und Bewässerungskanäle, dahingehend, daß sie als künstliche Wasserläufe, soweit sie überhaupt als Wasserläufe anzusehen sind, zu gelten haben, aufstellt, hat es damit indirekt zum Ausdruck gebracht, daß es alle übrigen Wasserläufe in Zweifelsfällen als natürliche ansehen will, solange nicht das Gegenteil erwiesen ist.

Zu den Wasserläufen gehören nach Absatz 1 § 1 zunächst ihre oberirdischen Quellen.

Das Gesetz folgt hierbei dem preußischen Recht [2]), wonach die Quelle ein Teil des Wasserlaufs ist und denselben Rechtsnormen wie dieser unterliegt. Mit Recht erwähnt die Begründung des Entwurfs [3]), daß es sich nicht empfohlen hätte, solche oberirdische Quellen, wie es der für das gemeine Recht herrschenden Meinung (R.G. 12 S. 183, 38 S. 185) folgend in verschiedenen neuen Wassergesetzen geschehen sei (Bayern Artikel 16, Sachsen § 1), bis zum Verlassen des Quellgrundstücks als dessen Zubehör anzusehen und dem Grundstückseigentümer zur freien Verfügung zu überlassen; denn der Wasserlauf könne seiner Zweckbestimmung und seiner Bedeutung für die Allgemeinheit nur erhalten werden, wenn

1) O.V.G. 46 S. 315 ff.
2) § 1 des Privatflußgesetzes.
3) S. 48.

die ihn speisenden Quellen vor einseitiger Ausnützung durch den Eigentümer geschützt würden.

Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts [1]) wird als Quelle das Wasser bezeichnet, das aus unterirdischen Läufen oder Ausbreitungen an einer bestimmten Stelle eines Grundstücks als ein nicht lediglich vorübergehender Wasserabfluß an die Oberfläche tritt, dabei macht es keinen Unterschied, ob die Quelle in einem Strahl aus dem Erdboden hervordrängt oder in zahlreichen kleinen Tropfen mit dem Erdreich zu einem Tümpel oder Sumpfgelände wird [2]), sofern nur die in diesem Gelände vorhandenen Rinnsale das aus der Quelle entfließende Wasser abführen und sich so dann zu einem Bache vereinen [3]).

Zu Unrecht verneint Holz-Kreutz [4]) im letzteren Falle die Eigenschaft einer solchen Quelle als die eines Bestandteils des Wasserlaufs. Er stützt sich hierbei auf die Worte des § 1 „einschließlich ihrer oberirdischen Quellen" und, indem er eine Äußerung eines Regierungsvertreters in der Kommission des Abgeordnetenhauses [5]) anführt, wonach eine Quelle nur dann als Teil des von ihr gespeisten Wasserlaufs angesehen werde, wenn das Bett des Wasserlaufs sich gleich an die Quelle anschlösse, sodaß deren Wasser sofort im geregelten Lauf abflösse. Aus den Worten des Paragraphen ist nichts zu schließen und die Äußerung des Regierungsvertreters steht im Widerspruch mit der in der Begründung zum Entwurf, wie eben ausgeführt, gegebenen Absicht des Gesetzgebers, die Quellen wegen ihrer Bedeutung für die

1) Bd. 73 S. 284.

2) R.G. bei Gruchot 42 S. 1009.

3) Kloeß S. 8 Nr. 4 und die hier angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts.

4) S. 4 Nr. 5.

5) Komm. B. S. 6.

Wasserläufe vor einseitigem Zugriff zu schützen. Ein sehr großer Teil der Wasserläufe entspringt aber gerade der letzten Art von Quellen.

Mit Rücksicht hierauf kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Gesetzgeber auch die zuletzt erwähnten Quellen als Bestandteile der Wasserläufe hat angesehen wissen wollen.

Dagegen ist das unterirdische Wasser, das später zu Tage tritt, so lange es noch nicht an die Erdoberfläche gelangt ist, nicht zu den Wasserläufen zu rechnen.

Hiernach erledigt sich auch der im Abgeordnetenhause vorgebrachte Fall[1]). Es war nämlich angefragt worden, wie es mit dem Wasser, welches sich in einem Stollen durch Lösung oder Erschroten von Quellen sammelt und, nachdem es innerhalb des Stollens oft Kilometer weit gelaufen ist, an dem Stollenmund an das Tageslicht tritt, zu halten sei. Dieses Wasser ist innerhalb des Stollens als unterirdisches Gewässer zu behandeln und von dem Stollenmundloch an zählt es zu den Wasserläufen, vorausgesetzt, daß es in einem erkennbaren Bette abfließt.

Weiter gehören gemäß Absatz 1 Satz 1 zu den Wasserläufen auch die Seen, aus denen sie abfließen. Diese Seen sind Bestandteile der Wasserläufe. Nach der Begründung[2]) ist ein oberirdischer Zufluß nicht erforderlich. Es sind daher auch solche Seen zu den Wasserläufen zu rechnen, die nur durch unterirdische Quellen oder atmosphärische Niederschläge gespeist werden, sofern nur ein Wasserlauf aus ihnen abfließt. Nicht nötig ist also, daß sie von einem Wasserlauf durchströmt werden, es genügt wenn ein Wasserlauf aus ihnen seinen Ursprung nimmt[3]).

1) Sten. B. A. H. Sp. 5830 und 5831.
2) S. 48.
1) Begr. S. 48, Komm. B. A. H. S. 6.

Es muß aber der Abfluß ein natürlicher sein, soll der See zu den Wasserläufen gehören, denn nach § 1 Absatz 3 Satz 2 gelten Seen, aus denen nur künstliche Wasserläufe abfließen, nicht als Teile von Wasserläufen. Doch können die Wasserlaufsverzeichnisse nach dem Nachsatz des Satz 2 etwas anderes bestimmen.

Nicht zu den Wasserläufen zählen die Seen, die gar keinen Abfluß haben, bei denen also das Wasser verdunstet, versickert oder aber der Abfluß unterirdisch oder falls oberirdisch, nicht in einem äußerlich erkennbaren Bette, sondern ungeregelt verläuft.

Bildet sich bei einem See, der bisher keinen Abfluß hatte, ein Abfluß in Gestalt eines natürlichen Wasserlaufs, dann wird der See Bestandteil des Wasserlaufs.

Im übrigen ist es reine Tatfrage, ob ein See als Teil eines Wasserlaufs anzusehen ist oder nicht. Ist er Teil eines Wasserlaufs, dann finden die für Wasserläufe geltenden Vorschriften auf ihn Anwendung. In den Fällen jedoch, wo der See kraft seiner Natur als See eine andere gesetzgeberische Behandlung verlangt, ist dem im Gesetz durch entsprechende Bestimmungen Rechnung getragen [1]). Es ist daher von erheblicher praktischer Bedeutung, ob ein Teil eines Wasserlaufs zu den Seen zu rechnen ist oder nicht. Eine Begriffsbestimmung hat das Gesetz nicht gegeben. Diese läßt sich auch wegen der mannigfachen Verschiedenheit der Fälle nicht aufstellen.

Doch zählt das Gesetz zu den Seen im § 1 Absatz 1 auch die Teiche, Weiher und ähnliche Wasseransammlungen. Erwähnt sei hier gleich, daß, wenn das Gesetz von Seen spricht, es damit auch die Weiher, Teiche und ähnliche

1) Vergl. z. B. beim Gemeingebrauch § 25 Absatz 3 Satz 3 bis 6.

Wasseransammlungen meint. Es muß sich also Wasser, das oberirdisch oder unterirdisch zufließt, „angesammelt" haben und zu einer gewissen Ruhe gelangt sein, ehe es wieder abfließt [1]). Fließt aus einer solchen Wasseransammlung nur ein kleines Bächlein, so ist die Wasseransammlung zweifelsohne als See anzusehen. Wird dieselbe Wasseransammlung aber durch einen größeren Wasserlauf gebildet, so stellt sie unzweifelhaft lediglich eine bloße Verbreiterung oder Ausbuchtung des Wasserlaufs dar. Wie gesagt, kommt es immer auf den einzelnen Fall an.

Zu den Wasserläufen sind schließlich noch die an der Ostsee als Haffe bezeichneten Gewässer zu zählen. Eine ausdrückliche Bestimmung hat zwar das Gesetz hierüber nicht getroffen. Es ergibt sich aber aus dem als Anlage zum Gesetz beigefügten Verzeichnis der Wasserläufe erster Ordnung [2]).

Zu den Wasserläufen gehören dagegen nach § 1 Absatz 2 nicht die Grundstücke, die zu bestimmten Zwecken künstlich mit Wasser bespannt sind.

Unter solchen Grundstücken sind in der Hauptsache, wie auch aus der besonderen Erwähnung in dem Paragraphen hervorgeht, die Fischteiche verstanden. In den Verhandlungen des Abgeordnetenhauses [3]) sind insbesondere drei Arten von Fischteichen hervorgehoben.

Einmal wird ein Wasserlauf an einer bestimmten Stelle aufgestaut, indem man entweder das ganze Flußtal oder ein Teil desselben unter Wasser setzt und gleichzeitig den natürlichen Zug der Fische durch entsprechende Einrichtungen nach oben oder unten hemmt. Diese Fischteiche, die nur

1) Holtz-Kreutz S. 7.
1) Vergl. auch Begründung S. 49.
2) Sten. B. A. H. Sp. 8528, 8529.

eine künstlich herbeigeführte Verbreiterung des Wasserlaufs sind, sind ohne jede Frage Bestandteile des Wasserlaufs.

Eine zweite Art ist so angelegt, daß seitlich von dem Wasserlauf ein Bassin ausgegraben wird, dem nach Bedarf künstlich Wasser zugeführt und aus dem es ebenso künstlich abgelassen wird. Solche Fischteiche gehören zweifelsohne nicht zu den Wasserläufen, denn das nach § 1 Absatz 1 erforderliche wesentliche Begriffsmerkmal des Wasserlaufs, das Fließen des Wassers, fehlt. Außerdem dürfte auch für diese Fischteiche Abs. 3 Satz 2 in Frage kommen.

Eine dritte Art von Fischteichen, welche am häufigsten vorkommt, ist die, daß seitlich vom Wasserlauf ebenfalls ein Bassin ausgeworfen und künstlich mit Wasser unter dauernder Verbindung mit dem Wasserlauf gefüllt wird. Die Verbindung mit dem Wasserlauf ist in der Weise hergestellt, daß das Wasser durch einen sogenannten Mönch [1]) abgelassen werden kann, wobei gleichzeitig der Mönch die Aufgabe eines Wehres hat, welches das regelmäßig zufließende Wasser bis zu einer gewissen Höhe steigen, darüber hinaus aber abfließen läßt.

Diese dritte Art von Fischteichen wird in der Hauptsache von § 1 Abs. 2 getroffen.

Uebrigens wird bei dieser Art von Fischteichen die Verbindung mit dem Flusse meistens ein künstliches Gerinne

1) Mönch ist ein Wehr bestehend aus drei Schütten. Die drei Schütten bilden zwei getrennte Abteilungen. In die erste Abteilung fließt vom Wasserlauf vermittels eines Grabens oder einer Röhre durch eine Öffnung im ersten Schütt Wasser ein. Das die Trennung der beiden Abteilungen herbeiführende Schütt besteht aus mehreren Brettern, die mit der schmalen Kante übereinander liegen. Durch Fortnehmen oder Hinzusetzen der Bretter kann das Einlaufen und Ablaufen des Wassers von der ersten Abteilung in die zweite Abteilung und umgekehrt und damit durch eine Öffnung des dritten Schüttes der Wasserstand in dem Teich beliebig geregelt werden.

sein, also ein künstlicher Wasserlauf, somit fällt auch ein solcher Fischteich unter Abs. 3 Satz 2 des § 1.

Holtz-Kreutz[1]) hat recht, wenn er meint, neben der Bestimmung des § 1 Abs. 3 Satz 2 wäre Absatz 2 entbehrlich gewesen. Eingeführt ist die Bestimmung des Abs. 3 Satz 2 durch das Herrenhaus[2]). Es ist nachher einfach vergessen worden, den Absatz 2 zu streichen, obwohl er bereits durch den viel weitergehenden Absatz 3 Satz 2 mitgetroffen wird.

Ein Fall von Grundstücken, die zu sonstigen Zwecken unter den Voraussetzungen des Absatz 2 mit Wasser bespannt sind, sind die Schlickablagerungsanlagen, wie sie in Ostfriesland vorkommen. Es sind dies eine Art Teiche, die durch eine künstliche Vorrichtung mit einem Wasserlauf, der der Ebbe und Flut unterworfen ist, in Verbindung stehen. Kommt die Flut, dann dringt das Wasser durch die Vorrichtung ein. Nachdem sich dann der Schlick gesetzt hat, wird das Wasser durch die eintretende Ebbe wieder entführt. Übrigens fallen diese Anlagen auch unter Absatz 3 Satz 2.

Weiter gehören nicht zu den Wasserläufen nach Absatz 3 Satz 1 des § 1 die Gräben. Unter Gräben versteht das Gesetz[3]) die in einem künstlichen Gerinne abfließenden unbedeutenderen Gewässer. Ein Bedürfnis, sie zu den gemeinwirtschaftlichen Wasserläufen zu zählen, liegt nicht vor, da sie nur private Bedeutung haben, das heißt, der Nutzung des einzelnen unterliegen. Soweit jedoch die Gräben der Vorflut der Grundstücke verschiedener Eigentümer dienen, das heißt, mehreren Interessenten, gelten sie als Wasserläufe.

Schließlich sei noch bemerkt, daß Triebwerkskanäle (Mühlgräben und dergleichen) und Bewässerungskanäle, wie

1) S. 10 und 11.
2) Bericht des Herrenhauses S. 761.
3) Begr. S. 49.

übrigens schon erwähnt, nach Absatz 3 Satz 3, soweit sie als Wasserläufe anzusehen sind, bis zum Beweise des Gegenteils künstliche Wasserläufe sind.

Das Gesetz teilt nun die Wasserläufe, die natürlichen sowohl, wie die künstlichen, indem es mit der unklaren Einteilung der Wasserläufe nach früheren Rechten in öffentliche und private bricht, gemäß § 2 Absatz 1 in drei Ordnungen ein; maßgebend für die Einteilung war die für die einzelnen Wasserläufe mehr oder minder große Bedeutung für die allgemeine Wasserwirtschaft. Es wird in dieser Beziehung auf die Begründung des Entwurfs[1]) verwiesen.

Nach § 2 Nr. 1 sind Wasserläufe erster Ordnung: die in dem Gesetze anliegenden Verzeichnis unter I aufgeführten Strecken natürlicher und die dort unter II bezeichneten Strecken künstlicher Wasserläufe.

In dem Verzeichnis werden die Wasserläufe mit den entsprechenden Strecken einzeln aufgeführt. Bei der Zuteilung der Wasserläufe zur ersten Ordnung ist in der Hauptsache die Schiffbarkeit maßgebend gewesen. Die unter Nr. II des Verzeichnisses aufgezählten künstlichen Wasserläufe sind die Schiffahrtskanäle[2]).

Wasserläufe zweiter Ordnung sind nach § 2 Nr. 2: die Strecken natürlicher und künstlicher Wasserläufe, die in dem nach § 4 aufzustellenden Verzeichnis eingetragen sind.

Dieses Verzeichnis soll ebenso wie das im Gesetze als Anlage beigefügte Verzeichnis eingerichtet werden, unter Trennung der natürlichen von den künstlichen Wasserläufen. Aufzunehmen sind in diesem Verzeichnis die Wasserläufe, soweit sie für die Wasserwirtschaft von größerer Bedeutung

1) S. 50 ff.
2) Begr. S. 53.

und nicht bereits in der Anlage des Gesetzes aufgenommen sind. Es liegt nicht in dem Rahmen der Arbeit, auf das hierbei zu beobachtende Verfahren, das in den § 5 und 6 des Gesetzes geregelt ist, näher einzugehen. Erwähnt sei jedoch, daß nach § 4 der Oberpräsident und für die Hohenzollerschen Lande der Regierungspräsident das Verzeichnis aufzustellen hat.

Für Hannover hat der Oberpräsident das Verzeichnis unter dem 25. April 1914 aufgestellt [1]).

Übrigens kann das Verzeichnis erster Ordnung gemäß § 3 Absatz 1 nur durch Gesetz und die Verzeichnisse zweiter Ordnung gemäß § 6 nur durch den Oberpräsidenten, wieder unter Beobachtung des in den § 5 und 6 vorgeschriebenen Verfahrens, geändert werden [2]).

Alle anderen Strecken natürlicher und künstlicher Wasserläufe sind, entsprechend der Nr. 3 des Absatzes 1, Wasserläufe dritter Ordnung.

Nach allem kann ein Wasserlauf, je nach dem seine einzelnen Strecken in die Verzeichnisse aufgenommen sind oder nicht, verschiedenen Ordnungen angehören.

Durch die Aufnahme der Wasserläufe in die Wasserlaufsverzeichnisse wird nicht nur rechtsgültig festgestellt, zu welcher Ordnung die Wasserläufe in Bezug auf die vermerkten Strecken gehören, sondern auch, daß die eingetragenen Gewässer Wasserläufe in dem Sinne des § 1 sind und weiter, ob sie natürliche oder künstliche Wasserläufe sind.

1) Amtsblatt der Königlichen Regierung zu Lüneburg, Jahrgang 1914 S. 120. Das Verzeichnis liegt aus bei dem Oberpräsidenten in Hannover.

2) Eine Änderung des Verzeichnisses der Wasserläufe erster Ordnung hat stattgefunden für Havel mit Wublitz nebst Schäpitzsee unter dem 1. September 1916. Pr. Gesetzsammlung 1916 S. 129.

Ohne weiteres ist klar, daß die Zuweisung eines Wasserlaufs zu den verschiedenen Ordnungen auch die Ausbuchtungen des Wasserlaufs und die Seen, Teiche, Weiher u.s.w., durch die er fließt, mit inbegreift. Einmal sind sie, wie schon erwähnt, Teile des Wasserlaufs und weiter spricht § 2 ganz allgemein von Strecken der Wasserläufe, damit ist aber eine Zuteilung eines Wasserlaufs zu verschiedenen Ordnungen nur hinsichtlich der Länge, nicht der Breite zulässig [1]).

Etwas anderes ist es mit einer nicht dauernd mit dem Wasserlauf in Verbindung stehenden Wasserfläche. Diese ist als Teil eines Wasserlaufs nur dann anzusehen, wenn wenigstens bei normalem Wasserstand eine Verbindung vorhanden ist [2]).

Ähnlich wie die Ausbuchtungen des Wasserlaufs sind auch die künstlich innerhalb des Strombettes durch den Ausbau der Ufer oder Erweiterung des Bettes angelegten Häfen zu behandeln. Die Begründung [3]) äußert sich hierzu, wie folgt: Innerhalb des Strombettes liegende Häfen, die also über die Uferlinie des Stromes nicht hinausgehen und lediglich durch einen Ausbau des Stromufers zu Häfen geworden sind, stellen sich als Bestandteile des Stromes dar und sind daher denselben Vorschriften zu unterwerfen, wie dieser. Dasselbe muß für solche Häfen angenommen werden, die nur eine Erweiterung des Strombettes bilden und daher der Natur der Sache nach Bestandteile des Stromes sind.

Nicht hinzu zu rechnen sind die Häfen, die lediglich durch Stichkanäle mit dem Wasserlauf verbunden sind. Diese

1) Begr. S. 54.
2) R.G. 80 S. 391.
3) S. 56.

sind keine Bestandteile des Wasserlaufs, sondern sind wie nicht zu den Wasserläufen gehörende Gewässer anzusehen [1]).

Dagegen sind bloße Anlegestellen stets Teile des Wasserlaufs.

Ebenso sind nach Absatz 2 des § 2 natürliche Nebenarme und Mündungsarme natürlicher Wasserläufe der Ordnung zuzuzählen, welcher der Hauptwasserlauf an der Abzweigungsstelle angehört. Durch die Hervorhebung der Nebenarme als natürliche und der Weglassung der Bezeichnung bei den Mündungsarmen ergibt sich, daß der Mündungsarm auch ein künstlicher sein kann.

Die Zugehörigkeit des Mündungs- oder natürlichen Nebenarmes zu einer der drei Ordnungen erfolgt unmittelbar aus dem Gesetze in Verbindung mit der Tatsache der Eintragung des Hauptstromes. Trotzdem sind einige Nebenarme aus praktischen Gründen in der Anlage des Gesetzes eingetragen [2]).

Auf die interessante Frage, ob solch eingetragener Nebenarm seine Eigenschaft der Zugehörigkeit zur Ordnung seines Hauptstromes ohne weiteres verliert, wenn die Verbindung mit dem Hauptstrom aufhört oder erst, wenn das Verzeichnis geändert wird, kann hier nicht eingegangen werden. Es wird in dieser Beziehung auf die Ausführungen von Holtz-Kreutz [3]) verwiesen.

Schließlich sei noch bemerkt, daß das Gesetz für die Gewässer, die nicht zu den Wasserläufen gehören, in den §§ 196 bis 205 des zweiten Abschnittes Vorschriften aufgestellt hat. Da diese Vorschriften für den Gemeingebrauch, abgesehen von der Bestimmung des § 199 Absatz 3, nicht

1) Begr. a. a. O. und R.G. P. V. Bl. 34 S. 895 und S. 897.
2) Begr. S. 56.
3) S. 26, 27.

in Betracht kommen, ist ein Eingehen darauf nicht erforderlich. Die Vorschrift des Absatz 3 des § 199 wird noch bei den Bestimmungen über den Gemeingebrauch beredet werden.

§ 4. Das Eigentum an den Wasserläufen.

Eben solche Bedeutung wie die Frage nach dem Begriff und den Arten der Wasserläufe für den Gemeingebrauch hat auch die Frage nach dem Eigentum der Wasserläufe, denn zwischen dem Gemeingebrauch und dem Eigentum der Wasserläufe bestehen die größten Wechselwirkungen.

Auf die Beziehungen des Gemeingebrauchs zum Eigentum an den Wasserläufen ist später einzugehen.

Vorschriften über das Eigentum an Wasserläufen gibt das Gesetz im ersten Abschnitt, 2. Titel mit der Überschrift „Eigentumsverhältnisse bei den Wasserläufen" in den §§ 7 bis 18.

Nach § 7 steht an den Wasserläufen erster Ordnung dem Staat und nach § 8 an den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung den Anliegern das Eigentum zu. Hiermit erkennt das Gesetz ein Privateigentum an den Wasserläufen an und zwar umfaßt dieses Eigentum nach der Begründung[1]) neben dem Eigentum am Bette bis zur Uferlinie[2]) auch die Befugnisse des Eigentümers auf das darin enthaltene Wasser, denn Bett und Wasser bilden zusammen erst den Begriff des Wasserlaufs[3]). Demgemäß erwähnt das Gesetz im § 40 ausdrücklich das Recht des Eigentümers, das Wasser zu gebrauchen und zu verbrauchen, das Recht, Wasser oder andere

1) S. 13.
2) § 13.
3) R.G. 3, S. 233.

flüssige Stoffe in den Wasserlauf einzuleiten, das Recht, den Wasserspiegel zu senken und zu heben.

Nicht richtig ist, das fließende Wasser schlechthin für eigentumsfähig zu erklären, wie dies zum Beispiel Haff[1]) tut[2]). Dieses wird oft damit begründet[3]), daß unzählige Gesamtbegriffe, deren Bestandteile wie das Wasser einem fortwährenden Wechsel unterworfen seien, doch Gegenstand des Eigentums seien. Als Beispiele werden u. a. Pflanzen und Tiere genannt; zwischen ihnen und den Gewässern wird folgender Vergleich gezogen, wie sich das Eigentumsrecht an Pflanzen und Tieren stets auf die nach dem Kreislaufe wechselnden Bestandteile des organischen Körpers erstrecke, so erfasse das Eigentum am fließenden Gewässer stets auch alle Wasserteilchen, die sich nach dem wechselnden Spiele des Zuflusses jeweils gerade im Bereiche des Bettes aufhielten.

Hiernach würde es einen Besitz an der fließenden Welle geben.

Mit Recht führt Schmidt aus, daß diese Theorie verkenne, daß bei Pflanzen und Tieren sich ein allmählicher organischer Umwandlungsprozeß vollzieht, während es sich bei den fließenden Gewässern um eine örtliche Verschiebung einer und derselben unveränderten Substanz handelt.

An dem fließenden Wasser gibt es keinen Besitz, es kann weder Gegenstand eines Herausgabeanspruchs, noch eines Diebstahls[4]), noch einer Sachbeschädigung, z. B. durch Verunreinigung, sein.

---

1) In Rhein. . 1911 S. 108.

2) Vergl. auch v. Brunner in Vhdl. d. Juristentags zu Bremen 1895 II S. 116 ff.: „Das Eigentum am Wasserlauf ohne Eigentum an der Welle erinnere an die Übertragung des Eigentums an einem Messer mit Vorbehalt des Eigentums an der Klinge."

3) Schmidt S. 108.

4) Komm. B. A. H. S. 767.

Zu Unrecht nimmt v. Hippel[1]) Diebstahl an fließendem Wasser an, wenn es sich um die rechtswidrige Aneignung von Wasser eines im Privateigentum stehenden Kanals handelt, dessen Wasser zum Verbrauch bestimmt sei.

Nicht richtig ist, wenn Schmidt[2]) meint, das Eigentum am Wasserlauf sei eine Verbindung des Eigentums am Flußbette und dinglicher ausschließlicher Nutzungsrechte am Wasser.

Das Eigentum am Wasserlauf ist vielmehr das Eigentum am Flußbette und die aus diesem Eigentum strömende Befugnis des Eigentümers, das in dem Flußbette befindliche Wasser ausschließlich, soweit nicht Gesetz und andere Rechte entgegenstehen, zu benutzen. Das Eigentum an dem Flußbette gibt die Verfügungsbefugnis über den von dem vorüberfließenden Wasser eingenommenen Raum[3]) und damit wie bei andern Grundstücken über die Luft über das jeweilig vorüberfließende Wasser[4]). Das es hierbei keinen Besitz an der fließenden Welle gibt, ist eine Besonderheit des Eigentums am fließenden Wasser. Diese Besonderheit liegt in der Natur des Wassers als fließendes Wasser. Überhaupt bestimmt sich das Eigentum an allen Sachen durch die Eigenart der Sache. Das Eigentum an einem Grundstück ist inhaltlich ein anderes als das an einer beweglichen Sache, das Eigentum an einem bebauten Grundstücke ein anderes als an einem landwirtschaftlich benutzten Grundstücke[5]).

Das Eigentum am Wasserlauf ist dasselbe wie das Eigentum des Bürgerlichen Gesetzbuches[6]).

1) Dissertation S. 3 ff., insbesondere S. 7, 15.

2) a. a. O. S. 110.

3) R.G. 16 S. 179.

4) Vergl. hierzu auch Moll in Pr. V. Bl. S. 37 ff., im Gegensatz zu Vossen daselbst, S. 7 ff. und die von Moll Angeführten.

5) Komm. B. H. H. S. 767.

6) Begr. S. 13, 14, R.G. in Leipz. Zeitschrift 1914 S. 185 Nr. 2.

Damit ist nach der Begründung[1]) für den gesamten Aufbau des Wassergesetzes eine sichere Grundlage geschaffen, die es ermöglicht, die privatrechtliche Ordnung der Rechte an den Wasserläufen im Anschluß an die im bürgerlichen Gesetzbuch vorhandenen Rechtsinstitute und in Übereinstimmung mit ihnen auszugestalten und dadurch juristisch klar und lückenlos zu konstruieren. Es war auch bei Anerkennung eines Privateigentums ebensowohl, wie bei Durchführung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wasserläufe möglich, diese durch eine entsprechende Ausgestaltung der Vorschriften über die Benutzung, insbesondere den Gemeingebrauch und den Ausbau dem allgemeinen Wohle dienstbar zu machen und eine ungehinderte Ausnutzung der Wasserschätze durch die Allgemeinheit offen zu halten.

Im übrigen ist in aller Kürze auf die Vorschriften des Gesetzes, die das Eigentum an den Wasserläufen betreffen, einzugehen.

Wie bereits gesagt, steht das Eigentum an den Wasserläufen erster Ordnung dem Staate zu. Es ergreift sowohl die natürlichen wie die künstlichen Wasserläufe, falls die letzteren nach dem Gesetze der ersten Ordnung zugewiesen sind. Soweit jedoch beim Inkrafttreten des Gesetzes das Eigentum an Wasserläufen erster Ordnung einem andern als dem Staate zustand, bleibt es gemäß § 9 Absatz 1 mit dem bisherigen Inhalt aufrecht erhalten. Das Eigentum an einem natürlichen Wasserlauf erster Ordnung geht aber mit dem Ablauf von zehn Jahren nach dem Inkrafttreten des Gesetzes auf den Staat über, wenn der bisherige Eigentümer nicht vorher in das Grundbuch eingetragen ist oder seine Eintragung beantragt hat[2]).

1) S. 13.
2) § 9 Absatz 1 Satz 2.

Unter Entschädigung des Eigentümers eines natürlichen Wasserlaufs erster Ordnung kann auch der Staat auf Grund Königlicher Verordnung, falls der Wasserlauf von ihm unterhalten wird, diesen in Anspruch nehmen, ganz einerlei ob der Wasserlauf im Grundbuch steht oder nicht [1]).

Ebenso wird ein natürlicher Wasserlauf erster Ordnung, der infolge natürlicher Ereignisse sein Bett verlassen und sich ein neues Bett geschaffen hat, Eigentum des Staates, selbstverständlich wieder unter Entschädigung der Eigentümer des neuen Bettes. Zu dieser Entschädigung hat aber der Eigentümer des alten Bettes, falls es nicht im Eigentum des Staates stand, in Höhe seiner Bereicherung beizutragen [2]).

Wie ebenfalls bereits erwähnt, steht das Eigentum an den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung den Eigentümern des Ufergrundstücks anteilig zu. Kommen jedoch die im § 323 erwähnten Gebietsteile [3]) in Frage, dann steht das Eigentum den Deich- und Sielverbänden zu, falls es nicht beim Inkrafttreten des Gesetzes einem andern zustand [4]).

---

1) § 10.

2) § 15.

3) a) die Schleswig-Holsteinischen Marschdistrikte, soweit das Patent vom 29. Januar 1800 und das allgemeine Deichreglement vom 6. April 1803 Platz greifen;
b) die Herzogtümer Bremen und Verden, soweit die Deichordnung vom 29. Juli 1743 Anwendung findet;
c) das Land Hadeln;
d) das Fürstentum Ostfriesland und der zum Herzogtum Arenberg-Meppen gehörende Bezirk der Stadt Papenburg;
e) das Fürstentum Lüneburg und die zur Provinz Hannover gehörden Lauenburgischen Landesteile, soweit die Lüneburgische Deich- und Sielordnung vom 15. April 1862 und
f) die Grafschaften Hoya und Diepholz, soweit die Deich- und Abwässerungsordnung vom 22. Januar 1864 Anwendung findet oder demnächst in Anwendung gebracht wird.

4) § 9 Abs. 2.

Ebenso steht in Hessen-Nassau nach Absatz 3 des § 9 das Eigentum an den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung den Gemeinden zu, insoweit, als ihnen die Unterhaltung obliegt. Steht es beim Inkrafttreten des Gesetzes einem andern zu, dann geht es nach Ablauf von zwei Jahren auf die Gemeinden über, wenn der bisherige Eigentümer nicht vorher in das Grundbuch eingetragen ist oder seine Eintragung beantragt hat.

Gemäß § 8 Absatz 2 gilt als Grenze für die gegenüberliegenden Ufergrundstücke die Mittellinie des Wasserlaufs bei gewöhnlichem Wasserstand, für die nebenliegenden die Senkrechte vom Schnittpunkt ihrer Grenzlinien auf die Mittellinie des Stromes.

Uferlinie ist nach § 12 bei allen Wasserläufen die Grenze des Graswuchses zwischen dem Wasserlauf und dem Ufergrundstück. Soweit diese über dem gewöhnlichen Wasserstand liegt, ist als Uferlinie der Wasserstand maßgebend.

Hierbei sei bemerkt, daß nach Absatz 3 des § 8 als gewöhnlicher Wasserstand der Wasserstand gilt, der im Durchschnitt der Jahre an eben so viel Tagen überschritten, wie nicht erreicht wird, im Ebbe- und Flutgebiete das Hochwasser der gewöhnlichen Flut.

Ferner gilt bei den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung dasselbe wie bei den Wasserläufen erster Ordnung, das heißt, steht einem andern als den Anliegern das Eigentum zu, dann bleibt es aufrecht erhalten[1]), bildet sich ein neuer Flußlauf, so wird der neue Wasserlauf Eigentum der Anlieger. Es findet aber kein Entschädigungsanspruch der bisherigen Eigentümer des neuen Bettes statt, sondern es wird ihnen nur gestattet, den früheren Zustand und damit

1) § 9 Abs. 1.

die früheren Eigentumsverhältnisse auf ihre Kosten wieder herzustellen [1]).

Beim Aufrücken der Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung zu einem Wasserlauf erster Ordnung oder wird ein Wasserlauf erster Ordnung zu einem Wasserlauf zweiter oder dritter Ordnung, so bleiben die Eigentumsverhältnisse unberührt. Jedoch kann der Staat im ersteren Falle auf Grund Königlicher Verordnung das Eigentum an dem Wasserlaufe gegen Entschädigung in Anspruch nehmen [2]).

Soweit andere Eigentumsverhältnisse, wie z. B. Anspülungen von Land, im Flußbette entstandene Insel, Werder und dergleichen in Frage kommen, ist ein Eingehen darauf nicht geboten, da für den Gemeingebrauch in der Hauptsache nur das Flußbett mit dem darin befindlichen Wasser, also der Wasserlauf an sich Bedeutung hat.

§ 5. Der Gemeingebrauch an den natürlichen Wasserläufen erster Ordnung.

Nach § 25 Absatz 1 findet der Gemeingebrauch statt an den natürlichen Wasserläufen erster Ordnung ohne Rücksicht darauf, ob es bereits vorher an diesen Wasserläufen einen Gemeingebrauch gab oder nicht. Satz 1 des Absatz 1 sagt ganz allgemein „Die natürlichen Wasserläufe erster Ordnung darf jedermann zum Baden, Waschen, Schöpfen mit Handgefäßen, Viehtränken, Schwemmen, Kahnfahren und Eislaufen, sowie zur Entnahme von Wasser und Eis für die eigene Haushaltung und Wirtschaft benutzen, wenn dadurch andere nicht benachteiligt werden."

Das Baden umfaßt nicht die Berechtigung, Badeanstalten im Wasserlauf zu errichten, denn nach § 38 enthält der

1) § 16.
2) § 11.

Gemeingebrauch nicht die Befugnis, Anlagen im Wasserlauf zu errichten. Außerdem würde derjenige, der eine solche Badeanstalt errichtet, durch diese alle andern als sich selbst und die, die er zuläßt, in einem bestimmten räumlichen Umfange vom gemeinen Gebrauch ausschließen[1]).

Will jemand eine Badeanstalt im Wasserlauf errichten, dann bedarf er der Zustimmung des Eigentümers und nach § 22 der Genehmigung der Wasserpolizeibehörde. Jedoch kann dies bei kommunalen und gemeinnützigen Badeanstalten ersetzt werden gemäß § 46 Nr. 4 durch die Verleihung und gemäß § 333 Absatz 1 durch Begründung eines Zwangsrechtes.

Ohne weiteres kann aber der Ufereigentümer selbst gewerbsmäßig eine Badeanstalt am Ufer errichten, vorausgesetzt, daß die Wasserpolizeibehörde nicht nach § 39 einschreitet. Das Baden selbst stellt sich dann als die Ausübung des Gemeingebrauchs durch die einzelnen Badenden dar.

Dasselbe gilt für die Errichtung von Waschanstalten, sofern sie nicht eine benachteiligende Verunreinigung des Wasserlaufs verursachen.

Das Schöpfen von Wasser mit Handgefäßen ist für alle Zwecke unbeschränkt zulässig und umfaßt selbstverständlich auch das Trinken.

Das Viehtränken und Schwemmen wird meistens auf Verfügung der Polizeibehörde, wozu diese durch § 39 ermächtigt ist, an bestimmten Stellen des Wasserlaufs, sogenannten Tränk- und Schwemmstellen, zu erfolgen haben, weil, um Beschädigungen zu verhüten, diese Stellen mit besonderen Einrichtungen versehen werden müssen[2]).

1) O.V.G. im P. V. Bl. 32 S. 783.

2) Wegen der Kosten dieser Anlagen siehe Holtz-Kreutz S. 176 Nr. 5.

Das Kahnfahren und Eislaufen umfaßt blos das Kahnfahren und Eislaufen, soweit es nicht im Rahmen des öffentlichen Verkehrs betrieben wird, also vor allem das Kahnfahren und Eislaufen im sportlichen Interesse.

Wird das Kahnfahren und Eislaufen als öffentlicher Verkehr betrieben, dann ist es nach § 26 zulässig, denn § 26 ist eine den § 25 ausschließende Sondervorschrift und außerdem ist das Kahnfahren und Eislaufen nur mit Rücksicht auf das sportliche Interesse dem § 25 beigefügt, nachdem die diesbezüglichen Vorschriften des § 26 längst aufgestellt waren[1]).

Die Entnahme von Wasser ist nach der Begründung[2]) auch vermittels Pumpen, gleichviel, ob diese durch menschliche oder tierische Kraft oder durch Maschinen betrieben werden, gestattet. Jedoch darf die Aufstellung der Pumpen gemäß § 38 nicht im Wasserlauf erfolgen. Der Uferanlieger kann sich aber dadurch helfen, daß er auf seinem Grundstück eine Pumpenanlage errichtet und dadurch zunächst unmittelbar das unter seinen Grundstücken befindliche unterirdische Wasser, mittelbar aber damit zugleich auch das vom Wasserlauf unterirdisch zufließende Wasser zutage fördert. Er kann ferner so verfahren, er stellt auf seinem Grundstück ein Bassin her und läßt durch eine künstliche Vorrichtung Wasser aus dem Flußbette dort hineinströmen. Dieses Wasser pumt er dann aus dem Bassin heraus.

Überhaupt findet in der Hauptsache eine Wassernutzung der Uferanlieger dadurch statt, daß sie dem Wasserlauf durch Gräben, die bis an das Bett heranreichen, Wasser entnehmen.

---

1) Vergl. Sten. B. A. H. Sp. 8030 ff.; § 25, 26 des Entwurfs, Bochalli a. a. O. S. 24 Nr. 3.

2) S. 76.

Die Entnahme von Wasser darf aber nur soweit erfolgen, als für die eigene Haushaltung und Wirtschaft erforderlich ist Während das Gesetz den Begriff Haushaltung als allen verständlich voraussetzt, bestimmt es bezüglich der Wirtschaft im Absatz 4, daß als Wirtschaft der landwirtschaftliche Haus- und Hofbetrieb, mit Ausschluß der landwirtschaftlichen Nebenbetriebe und kleingewerbliche Betriebe von geringen Umfange gelte.

Was unter landwirtschaftlichem Haus- und Hofbetrieb zu verstehen ist, bedarf weiter keiner Erörterung. Nebenbetriebe bei der Landwirtschaft sind z. B. Brennereien, Ziegeleien, Zuckerfabriken, Kartoffelflockenfabriken usw.

Was dagegen unter kleingewerblichen Betrieben von geringem Umfange zu verstehen ist, ist reine Tatfrage. Man legt hier am besten die diesbezüglichen Bestimmungen der Gewerbeordnung zu Grunde. Nach der Begründung [1]) fallen in der Regel kleinere handwerksmäßige Betriebe darunter, insbesondere auch die sogenannte Hausindustrie.

Hiernach ist eine Entnahme von Wasser u. a. zulässig zum Tränken des Viehes auf der Weide oder im Stall, ferner zum Kochen, Waschen, Baden, Reinigen der Haus- und Hofräume und der Viehställe, zu Kühlanlagen für Milch, zur Versorgung des Haus- und Wirtschaftspersonals mit Trinkwasser, sowie zum Verbrauchen in kleinen Gerbereien, Bade- und Waschanstalten usw.

In demselben Umfange wie die Entnahme von Wasser darf auch die Eisentnahme erfolgen. Darnach findet eine Eisentnahme insbesondere statt zum Kühlen von Speisen und Getränken. Hierunter fällt auch die Entnahme von Eis für den Eiskeller einer Gastwirtschaft oder eines Kranken-

1) S. 77.

hauses. Auf keinen Fall kann aber Eis zum Verkauf an andere entnommen werden. Hierzu bedarf es immer der Zustimmung des Eigentümers.

Durch die Ausübung des Gemeingebrauchs dürfen andere aber nicht benachteiligt werden. Hierüber ist weiter nachstehend bei den Beziehungen des Gemeingebrauchs zum Eigentum oder andern Rechten und dem Verhältnis der Gemeingebrauchsberechtigten untereinander des Näheren einzugehen.

Nach Absatz 1 Satz 2 des § 25 ist es ferner jedem gestattet, ebenfalls wieder mit der eben erwähnten Beschränkung, das heißt, in den Grenzen des Gemeingebrauchs in die natürlichen Wasserläufe erster Ordnung Wasser, sowie die in der Haushaltung und Wirtschaft entstandenen Abwässer einzuleiten.

Das Gesetz macht hier einen Unterschied zwischen Wasser und Abwässer. Das Wasser darf unbeschränkt eingeleitet werden, Abwässer doch nur, soweit sie in der eigenen Haushaltung und Wirtschaft entstehen. Die Unterscheidung hat also eine erhebliche praktische Bedeutung. Nach Holtz-Kreutz [1]) wird unter Wasser außer dem noch in seiner natürlichen Beschaffenheit befindlichen Wasser auch solches Wasser zu verstehen sein, das zwar schon zu irgend welchen Zwecken gebraucht ist, aber noch mindestens denselben Reinheitsgrad aufweist wie vor dem Gebrauche, z. B. Kühlwasser für Dampfturbinen und Kesselspeisewasser. Dagegen gehört zum Begriffe der Abwässer, daß sie außer reinem Wasser noch Zusätze aus dem Haushaltungs- oder Wirtschaftsbetrieb enthalten, durch welche die natürliche Beschaffenheit des Wassers

1) S. 179 Nr. 13.

eine Veränderung erfahren hat, insbesondere mehr oder weniger verunreinigt ist.

Die Zulassung vorstehender Benutzungsart rechtfertigt sich, so führt die Begründung [1]) aus, durch das Bedürfnis, die Wasserläufe als natürliche Abflußrinnen zur Abführung von Wasser und anderen flüssigen Stoffen zu benutzen. Tatsächlich findet die Einleitung z. B. der Haus- und Wirtschaftsabwässer ganz allgemein statt, ohne daß der Eigentümer des Wasserlaufs darin einen Eingriff in seine Rechte erblickt.

Nicht unter den Gemeingebrauch an Wasserläufen erster Ordnung fällt nach § 25 Absatz 1 Satz 3 die Einleitung von Abwässern mittels gemeinsamer Anlagen. Diese Bestimmung gründet sich darauf, daß eine solche Einleitung in der Regel nicht ohne schädliche Wirkung auf den Wasserlauf bleiben wird [2]). Im Satz 3 wird daher ganz allgemein, auch wenn es sich nur um Haus- und Wirtschaftsabwässer handelt, das Einleiten von Sammelkanälen in den Wasserlauf schlechthin verboten.

Weiter gehört nicht zu dem Gemeingebrauch das sogenannte Furtrecht, das heißt, das Recht, Vieh durch einen Wasserlauf zu treiben. Es bleibt jedoch bestehen, wo es Gegenstand einer besonderen Vereinbarung, z. B. einer Dienstbarkeit geworden ist oder wo es einen solchen Umfang angenommen hat, daß es als eine Art des öffentlichen Verkehrs im Sinne des § 35 anzusehen ist [3]).

Ebenso liegt nicht im Gemeingebrauch das Halten von Gänsen, Enten und sonstigem Geflügel auf dem Wasserlauf, da dieses über den Begriff des Viehtränkens und Schwem-

1) S. 77.
2) Begr. S. 77.
3) Sten. B. A. H. Sp. 8039.

mens hinausgeht[1]). Der Eigentümer eines Wasserlaufs braucht es also nicht zu dulden. Jedoch hat ein Regierungsvertreter zugesagt, daß die Wasserbehörden bei staatlichen Strömen angewiesen werden würden, in dieser Hinsicht das größte Entgegenkommen zu zeigen, falls nicht das Halten von Geflügel auf dem Wasserlauf bereits als privates Recht bestünde[2]).

Auch die Entnahme von Wasser zu Feuerlöschzwecken fällt nicht unter den Gemeingebrauch. Sie bleibt aber als Notstandsrecht erlaubt[3]).

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß die Vorschrift des Absatz 3 Satz 2 des § 25, wonach der Gemeingebrauch, unbeschadet der Vorschriften der §§ 26, 35 an solchen Teilen von Wasserläufen ausgeschlossen ist, die in Hofräumen, Gärten und Parkanlagen liegen und im Eigentum des Anliegers stehen, für die natürlichen Wasserläufe erster Ordnung keine praktische Bedeutung hat.

Einmal stehen diese, wie ausgeführt, regelmäßig im Eigentum des Staates und außerdem sind, falls tatsächlich, was jedoch sehr selten sein wird, das Eigentum an einem Wasserlauf erster Ordnung einem Hof-, Garten- oder Parkbesitzer zusteht, die fraglichen Strecken durch den Vorbehalt zu Gunsten des § 26 dem öffentlichen Verkehr[4]) freigegeben.

§ 6. Der Gemeingebrauch an den natürlichen Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung.

Nach Absatz 2 Satz 1 des § 25 findet an natürlichen

1) Komm. B. S. 54.
2) Komm. B. A. H. Sp. 8537/8.
3) Begr. S. 77.
4) Hierunter fällt im allgemeinen auch das Kahnfahren und Eislaufen.

Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung der Gemeingebrauch in Gemäßheit des Absatzes 1 wie an den Wasserläufen erster Ordnung mit Ausnahme der Eisentnahme statt; jedoch ist das Kahnfahren und Eislaufen [1]) nur insoweit gestattet, als es bisher gemeinüblich war.

Hiernach darf jedermann auch die natürlichen Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung zum Baden, Waschen, Schöpfen mit Handgefäßen, Viehtränken, Schwemmen, zur Entnahme von Wasser für die eigene Haushaltung und Wirtschaft benutzen, wenn dadurch andere nicht benachteiligt werden. Mit derselben Beschränkung ist jedem gestattet, in die natürlichen Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung Wasser, sowie die in der Haushaltung und Wirtschaft entstehenden Abwässer einzuleiten. Hierunter fällt jedoch nicht die Einleitung von Abwässern mittels gemeinsamer Anlagen.

Unter Kahnfahren ist hier nur das Fahren mit Ruderbooten und allenfalls kleinen Segelboten gestattet, nicht aber das Fahren mit mechanisch betriebenen Fahrzeugen, wie z. B. kleinen Motorbooten und Wassertreträdern. Auch die sogenannten Hausboote gehören nicht hierher [2]).

Zu bemerken ist, das „gemeinüblich" nicht unter den Begriff „Gemeingebrauch" fällt, also nicht ein Recht, sondern nur die Ausübung eines tatsächlichen Zustandes bezeichnet. In diesem Sinne ist das Eislaufen und Kahnfahren auf den natürlichen Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung vielfach allgemein ausgeübt worden. Durch die Aufnahme in das Gesetz ist dieser gemeinübliche Zustand in dem bisherigen Umfange als eine Art des Gemeingebrauchs anerkannt und

1) Auch nur wieder im sportlichen Interesse, vergl. S. 35 Anm. 1; wird es als öffentlicher Verkehr ausgeübt, dann ist § 35 gegeben, vergl. S. 63 ff.

2) Holtz-Kreutz S. 177.

untersteht damit den Vorschriften, wie sie das Gesetz für den Gemeingebrauch aufgestellt hat[1]).

Da, wo das Kahnfahren und Eislaufen nicht gemeinüblich war, stellt es eine Beeinträchtigung des Eigentums am Wasserlauf und somit der aus diesem Eigentum strömenden Befugnis des Eigentümers, das in dem Flußbette befindliche Wasser zu benutzen, dar[2]).

In allen Fällen, in denen streitig ist, ob und in welchem Umfange das Kahnfahren oder Eislaufen beim Inkrafttreten des Gesetzes gemeinüblich war, entscheidet gemäß Absatz 2 Satz 2 des § 25 ausdrücklich der Regierungspräsident. Damit ist die Entscheidung dem ordentlichen Verfahren, wie dem Verwaltungsstreitverfahren entzogen. Eine solche Bestimmung steht der Landesgesetzgebung frei[3]). Die Entscheidung des Regierungspräsidenten ist für den Verwaltungsrichter und den ordentlichen Richter bindend, übt also eine der Rechtskraft gleiche Wirkung aus. Hängt daher die Entscheidung eines Rechtsstreits von der Frage ab, ob Kahnfahren oder Eislaufen beim Inkrafttreten des Gesetzes gemeinüblich war, so hat der Richter gemäß § 148 Z.P.O. das Verfahren bis zur Entscheidung des Regierungspräsidenten auszusetzen[4]). Sache der Parteien ist es, sich an den Regierungspräsidenten unter Darlegung ihres Interesses an der Feststellung, ob der Gemeingebrauch beim Inkrafttreten des Gesetzes gemeinüblich war oder nicht, zu wenden. Hat aber der Regierungspräsident darüber schon entschieden, dann zieht das Gericht einfach die diesbezüglichen Akten heran.

Ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Regierungs-

1) Sten. B. A. H. Sp. 8033 ff.
2) R.G. in Leipz. Zeitschrift 1914 S. 185 Nr. 2.
3) Vergl. hierzu Gaupp-Stein I S. 5 ff. u. S. 416.
4) Gaupp-Stein a. a. O. S. 416.

präsidenten, sowie Anrufung der Aufsichtsbehörde gibt es nicht [1]).

Mit der Entscheidung des Regierungspräsidenten, daß das Kahnfahren oder Eislaufen beim Inkrafttreten des Gesetzes gemeinüblich gewesen war, fällt das Kahnfahren oder Eislaufen unter den Gemeingebrauch und es finden somit auch die Bestimmungen des Gesetzes über den Gemeingebrauch Anwendung [2]).

Bevor eine Entscheidung durch den Regierungspräsidenten getroffen wird, ist nach Absatz 2 Satz 3 der Eigentümer zu hören. Diese Vorschrift ist zwingender Natur. Es genügt natürlich, wenn dem Eigentümer Gelegenheit geboten ist, sich zu äußern. Ob er dann davon Gebrauch macht oder nicht, ist für die getroffene Entscheidung einerlei. Ist eine Anhörung nicht möglich, weil der Eigentümer z. B. unbekannt ist, so kann eine Entscheidung nicht getroffen werden. In diesem Falle ist bei einem Streit davon auszugehen, daß das Kahnfahren und Eislaufen nicht beim Inkraftteten des Gesetzes gemeinüblich war und somit nicht unter den Gemeingebrauch fällt.

Keinen Gemeingebrauch gibt es nach § 25 Abs. 3 Satz 1 an künstlichen teichartigen Erweiterungen von Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung.

Ferner ist, wie vorhin bei den Wasserläufen erster Ordnung ausgeführt, der Gemeingebrauch, unbeschadet der Vorschrift des § 35, ausgeschlossen an solchen Teilen der Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung, die in Hofräumen, Gärten, und Parkanlagen liegen und im Eigentum der Anlieger stehen. Durch den Vorbehalt zu Gunsten des § 35 bleibt

1) Holtz-Kreutz S. 182.
2) Sten. B. A. H. Sp. 8033, 8038, 8046.

aber das Kahnfahren und Eislaufen auch auf diesen Strecken bestehen, wenn es sich als ein öffentlicher Verkehr darstellt.

§ 7. Der Gemeingebrauch an Seen und Talsperren.

Soweit die Seen zu den Wasserläufen zu zählen sind[1]), findet an ihnen der Gemeingebrauch genau so statt wie an den Wasserläufen, das heißt, gemäß § 25 Absatz 1, 2.

Für solche Seen jedoch, aus denen nur natürliche Wasserläufe zweiter oder dritter Ordnung abfließen, bestimmt § 25 Absatz 3 Satz 3, daß für diese die Vorschriften des Absatz 1 und 2 nicht gelten sollen. Das gleiche gilt für Talsperren im Sinne des § 106.

Talsperren nach § 106 sind solche Stauanlagen, bei denen die Höhe des Mauerwerks von der Sohle des Wasserlaufs bis zur Krone mehr als fünf Meter beträgt und das Sammelbecken, bis zur Krone des Mauerwerks gefüllt, mehr als 100 000 cbm. umfaßt.

Nach Absatz 3 Satz 4, 5, 6 des § 25 kann aber der bisher übliche Gemeingebrauch, das heißt der beim Inkrafttreten des Gesetzes übliche, nachdem vorher der Eigentümer gehört ist, auch künftig widerruflich vom Regierungspräsidenten zugelassen werden.

Unter „bisher üblich" ist nichts anderes zu verstehen als im Absatz 2 mit den Worten „bisher gemeinüblich", also nur eine tatsächlich allgemein geübte Benutzung.

In welchem Umfange der Gemeingebrauch zugelassen wird, liegt nach Absatz 3 Satz 4 lediglich im Ermessen des Regierungspräsidenten. Jedoch darf er hierbei nicht über den Rahmen des Gemeingebrauchs, wie er bereits beim Inkrafttreten des Gesetzes üblich war und wie ihn das

1) S. 18 ff.

Gesetz für die einzelnen Ordnungen aufgestellt hat, hinausgehen. Ist aber der Gemeinbrauch einmal zugelassen, dann kann er künftig bis zum Widerruf von jedermann ausgeübt werden [1]).

In dem Zulassen der Talsperren und Seen mit natürlichen Abwässern zweiter und dritter Ordnnng durch den Regierungspräsidenten liegt nicht wie im § 6 der Arbeit eine rechtskräftige unanfechtbare Entscheidung des Regierungspräsidenten, sondern lediglich eine Anordnung. Diese Anordnung ist daher, wie Satz 6 bestimmt, jederzeit widerruflich und kann im Wege der unbefristeten Aufsichtsbeschwerde an den zuständigen Minister angefochten werden [2]).

Wegen dieser Anfechtbarkeit liegt nun nicht, wie Holtz-Kreutz [3]) es will, in der Anordnung des Regierungspräsidenten, daß der Gemeingebrauch an einer Talsperre oder einem See im Sinne des Absatzes 3 Satz 3 zugelassen wird, die unanfechtbare Entscheidung, daß der Gemeingebrauch bisher üblich gewesen sei.

Selbstverständlich ist die Voraussetzung der Erlassung einer Anordnung nach Satz 4, daß es sich überhaupt um einen See oder eine Talsperre im Sinne des Satzes 3 handelt. Eine Entscheidung hierüber kann der Regierungspräsident nicht abschließend treffen; das entscheidet vielmehr im Streitfalle je nach Lage des Falles der ordentliche Richter oder der Verwaltungsrichter.

Streitig kann sein, ob Absatz 3 Satz 3 auch für den Fall gilt, daß der See selbst unter die Wasserläufe erster Ordnung aufgenommen ist. Holtz-Kreutz [4]) nimmt das an,

1) Sten. B. H. H. Sp. 1011.
2) Holtz-Kreutz I S. 185.
3) a. a. O.
4) S. 184.

indem er nur den Wortlaut des Satzes 3 zugrunde legt. Wird aber auf die Entstehungsgeschichte des Satzes 3 zurückgegangen, dann kann es keinem Zweifel unterliegen, daß es an einem solchen See den vollen Gemeingebrauch gibt. Nach den Verhandlungen des Abgeordnetenhauses begriff Satz 3 außer Talsperren nur Seen, aus denen natürliche Wasserläufe dritter Ordnung abfließen, also Seen der untergeordnetsten Bedeutung. Erst das Herrenhaus [1]) hat die Seen, aus denen natürliche Wasserläufe zweiter Ordnung fließen, hinzugefügt. Hierbei wurde ausgeführt, daß auch diese Seen vielfach nicht so innerhalb eines Systems von Wasserläufen lägen und bisher an ihnen zum größten Teil der Gemeingebrauch nicht stattgefunden habe.

Hiernach sollte Satz 3 nur Seen von geringer Wichtigkeit für die Wasserwirtschaft erfassen; es ist daher klar, daß er nicht solche Seen meinen kann, die eine derartige allgemeine wasserwirtschaftliche Bedeutung haben, daß sie in das Verzeichnis der Wasserläufe erster Ordnung aufgenommen sind. Für diese Seen ist der Gemeingebrauch nicht bloß nach § 26, sondern auch nach § 25 Absatz 1 gegeben.

Dagegen muß angenommen werden wiederum im Gegensatz zu Holtz-Kreutz [2]), daß ein See, aus dem nur ein künstlicher Wasserlauf abfließt, falls dieser Wasserlauf ausnahmsweise in das Wasserlaufsverzeichnis zweiter Ordnung eingetragen ist, auch unter Satz 3 Absatz 3 des § 25 fällt. Hierbei handelt es sich nämlich ebenfalls um ein Gewässer von geringer Bedeutung für die Wasserwirtschaft. Satz 3 ist daher sinngemäß anzuwenden. Gehört in diesem Falle der See selber zu den Wasserläufen erster Ordnung, dann

1) Sten. B. H. H. Sp. 1011, 1012.
2) S. 184.

findet an dem See der volle Gemeingebrauch nach § 25 Absatz 1 statt.

An den Seen nun, die nicht unter den Begriff „Wasserläufe" fallen, gibt es keinen Gemeingebrauch, denn der Gemeingebrauch kraft Gesetzes besteht nur an den Wasserläufen.

Zu diesen Seen gehören alle Seen — Teiche, Weiher und ähnliche Wasseransammlungen —, aus denen entweder überhaupt keine Wasserläufe oder aber nur künstliche Wasserläufe abfließen, sofern nicht ausnahmsweise wie in dem eben erörterten Falle die Wasserlaufsverzeichnisse etwas anderes bestimmen, einerlei ist es dabei, ob der See von der Natur entstanden oder künstlich angelegt ist.

Für die Seen, die nicht zu den Wasserläufen gehören, kann im Falle eines Bedürfnisses aber nach § 199 Absatz 3 der Regierungspräsident genau wie in dem Falle des § 25 Absatz 3 Satz 3 den bei Inkrafttreten des Gesetzes üblichen Gemeingebrauch zulassen. Es wird auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen. Die Worte im Falle eines Bedürfnisses bedeuten, daß der Gemeingebrauch nur zugelassen werden darf, wenn ein Bedürfnis dazu anerkannt werden kann. Sonst hätten die Worte fortgelassen werden können, da die Zulassung des Gemeingebrauchs überhaupt dem freien Ermessen des Regierungspräsidenten überlassen ist. Ob ein Bedürfnis vorliegt, ist auf Beschwerde im Aufsichtswege in der Ministerialinstanz nachzuprüfen[1]).

Im übrigen sind, wie Absatz 3 Satz 3 des § 199 ausdrücklich vorschreibt, die §§ 36 bis 39 entsprechend anzuwenden. Auf diese Paragraphen wird im Folgenden noch zurückgekommen.

1) Holtz-Kreutz II S. 16.

§ 8. Der Gemeingebrauch an künstlichen Wasserläufen.

Nach § 25 Absatz 6 kann endlich der Oberpräsident für künstliche Wasserläufe, und zwar für Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung nach Anhörung der Schauämter, bestimmen, ob und in welchem Umfange der in Absatz 1, 2, 4 vorgesehene Gemeingebrauch auch bei ihnen zulässig ist.

Was unter künstlichen Wasserläufen zu verstehen ist, ist bereits im § 3 der Arbeit[1]) ausgeführt. Es wird darauf Bezug genommen.

Der Umfang des Gemeingebrauchs bestimmt sich selbstverständlich nach dem Umfange, wie er für die natürlichen Wasserläufe vom Gesetz aufgestellt ist, das heißt, bei künstlichen Wasserläufen erster Ordnung, deren Benutzung für den öffentlichen Verkehr übrigens nach § 26 gestattet ist, im Umfange des Absatz 1 des § 25, bei künstlichen Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung im Umfange des Absatz 2 des § 25.

Holtz-Kreutz[2]) ist nun der Meinung, es sei nicht recht verständlich, weshalb im § 25 Absatz 6 nur auf die Absätze 1, 2, 4 verwiesen werde. Eine Verweisung auf Absatz 3 erübrigt sich, weil es nach der Fassung des Absatzes 3 keinem Zweifel unterliegen kann, daß dieser schon an sich auch für künstliche Wasserläufe Anwendung finden soll. Im dem Absatz 3 heißt es nämlich allgemein Wasserläufe, Seen, Talsperren, während Absatz 1 und 2 nur von natürlichen Wasserläufen spricht. Danach kann keine Rede davon sein, daß an künstlichen, teichartigen Erweiterungen, ferner an Wasserläufen in Hofräumen, Gärten und Parkanlagen, sowie an Talsperren und Seen, wenn es sich um künstlich hergestellte

1) S. 16.
2) S. 187.

Wasserläufe, Seen und Talsperren handelt, der Gemeingebrauch unbeschränkt zugelassen werden könnte.

Bezüglich des Verfahrens bei der Zulassung des Gemeingebrauchs durch den Oberpräsidenten ist dasselbe zu sagen wie im § 6 und 7 der Arbeit. Nur hat der Oberpräsident bei den künstlichen Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung vorher die Schauämter zu hören, nicht den Eigentümer. Wegen der Schauämter wird auf den 7. Abschnitt des Gesetzes mit der Überschrift „Schauämter" und zwar auf die §§ 356 bis 366 verwiesen.

§ 9. Der öffentliche Verkehr auf den Wasserläufen erster Ordnung.

Zu den im § 25 zugelassenen Arten des Gemeingebrauchs tritt im § 26 für die Wasserläufe erster Ordnung noch deren Benutzung für den öffentlichen Verkehr hinzu.

§ 26 bestimmt: „Die Wasserläufe erster Ordnung können von jedermann für den öffentlichen Verkehr, namentlich zur Schiffahrt und zur Flößerei mit verbundenen Hölzern benutzt werden."

Im § 26 sind Schiffahrt und Flößerei nur als die bei weitem wichtigsten Arten des öffentlichen Verkehrs auf den Wasserläufen besonders hervorgehoben.

In der Kommissionsberatung des Abgeordnetenhauses[1]) wurden aber als ausdrücklich weiter hierher gehörig bezeichnet die Furten und die sogenannten Eiswege, die namentlich für die großen Ströme und die als Teile von Wasserläufen erster Ordnung geltenden Seen im Osten der Monarchie erhebliche Bedeutung haben.

1) Bericht S. 56.

Selbstverständlich gehört auch das Kahnfahren und Eislaufen, sobald es als öffentlicher Verkehr ausgeübt wird, hierher.

Während die Schiffahrt allgemein erlaubt ist, ist die Flößerei nur mit verbundenen Hölzern gestattet.

§ 10. Das Leinpfadsrecht.

Die nach § 26 jedermann zustehende Befugnis, die Wasserläufe erster Ordnung zur Schiffahrt und Flößerei zu benutzen, wird für natürliche Wasserläufe erster Ordnung im § 27 dahin erweitert, daß es jedermann gestattet ist, Schiffe und Flöße vom Leinpfad aus fortzubewegen.

Dieses sogenannte Leinpfadsrecht ist Zubehör des allgemeinen Schiffahrtsrechts und somit eine Art des Gemeingebrauchs [1]). Das hat der Gesetzgeber auch dadurch zum Ausdruck gebracht, daß er die Bestimmungen über den Leinpfad unter die Vorschriften des Gemeingebrauchs aufgenommen hat. Das Leinpfadsrecht hat seine Grundlage im Gemeingebrauch und folgt somit der rechtlichen Natur des Gemeingebrauchs.

Nicht richtig ist daher, wenn von Hippel [2]) und Gottschalk [3]) das Leinpfadsrecht als eine servitutarische Belastung der Ufergrundstücke hinstellen. Außerdem ruht der rechtlichen Natur des Gemeingebrauchs entsprechend das Leinpfadsrecht nicht auf einem bestimmten Grundstück und wird auch nicht zu Gunsten eines bestimmten Subjekts ausgeübt. Von einer servitutarischen Belastung kann hiernach nicht die

1) Begr. S. 79.
2) S. 48.
3) S. 43

Rede sein, denn die Servitut verlangt ein bestimmtes Subjekt und Objekt.

Nach § 27 Absatz 1 haben zunächst die Eigentümer der Ufergrundstücke die Benutzung der Grundstücke als Leinpfad zu gestatten. Unter Ufergrundstück versteht das Gesetz, wie die Begründung [1]) sagt, ein Grundstück im Sinne des allgemeinen Rechts, das heißt ein im Grundbuche als ein Grundstück gebuchtes Stück Land, das an den Wasserlauf angrenzt.

Soweit erforderlich, haben aber auch, so fährt Absatz 1 fort, die Eigentümer der dahinterliegenden Grundstücke die Benutzung dieser Grundstücke zu gestatten. Diese Bestimmung ist deshalb getroffen worden, weil das Ufergrundstück oft so schmal sein oder werden kann, daß es für die Zwecke des Leinpfades nicht ausreicht. Selbstverständlich darf das dahinterliegende Grundstück nicht weiter benutzt werden, als die Befriedigung der Bedürfnisse der Schiffahrt es erfordert. Den Umfang der Benutzung der Grundstücke als Leinpfad bestimmt die Wasserpolizeibehörde [2]).

Im § 27 ist nicht bestimmt, auf welcher Seite des Wasserlaufs der Leinpfad ruht. Es ist vielmehr ganz allgemein gesagt: „Die Eigentümer der Ufergrundstücke haben die Benutzung der Grundstücke als Leinpfad zu gestatten". Hieraus folgt, daß kraft Gesetzes die Leinpfadslast [3]) auf den Grundstücken zu beiden Seiten des Wasserlaufs ruht. Es kann daher die Wasserbaupolizeibehörde [4]) jederzeit, selbst wenn seit längerer Zeit der Leinpfadsverkehr auf dem an-

1) S. 61.

2) § 29 Satz 2.

3) Kurz und treffend wird die Verpflichtung dieser Duldung des Leinpfades mit dem Ausdruck „Leinpfadslast" bezeichnet.

4) §§ 29, 39.

deren Ufer geruht hat [1]) oder überhaupt noch nicht ausgeübt ist, diesen auf das andere Ufer verlegen. Sie kann ihn auch wieder zurückverlegen. Außerdem kann der Leinpfad auf Anordnung der Wasserpolizei auf beiden Ufern betrieben werden.

Wird der festgelegte Leinpfad vom Wasser fortgerissen, so bleibt er dennoch an dem Rest der Grundstücke bestehen und falls dieser Rest verschwindet, an den dahinterliegenden Grundstücken. Ist dies etwa durch mangelhafte Unterhaltung des Ufers durch den Staat [2]) verschuldet, so kann sich der Uferanlieger hierauf nicht berufen, denn die Verpflichtung der Grundeigentümer, den Schiffahrenden das Betreten ihrer Grundstücke, soweit es die Ausübung des Leinpfades erfordert, zu gestatten, ist von der Frage der Unterhaltung des Ufers durchaus unabhängig [3]).

§ 27 Absatz 1 bestimmt weiter, die Benutzung der Grundstücke als Leinpfad ist zur Fortbewegung von Schiffen und Flößen durch Menschen oder Tiere gestattet.

Hiernach ist das Betreten des Leinpfades nur durch Menschen und Tiere erlaubt, dagegen nicht der mechanische Treidelbetrieb, sei es mittels Benzin-, Dampfkraft oder Elektrizität. Im Gegensatz zur Treidelei durch Menschen und Tiere stellt nämlich die mechanische Treidelei eine dauernde und erhebliche Inanspruchnahme der Ufergrundstücke durch die hierzu notwendigen Anlagen und durch die Weise des Betriebs dar. Die Zulassung würde außerdem dem Charakter des Leinpfadrechtes als einer Art des Gemeingebrauchs widersprechen, da die mechanische Treidelei nur

1) O.V.G. 41 S. 257.
2) § 119.
3) O.V.G. 37 S. 289.

von einem, dem Unternehmer, welcher die dazu nötigen Anlagen errichtet und unterhält, ausgeübt werden kann[1]).

Der Leinpfad darf auch nur durch Menschen und Tiere zur Fortbewegung von Schiffen und Flößen benutzt werden. Er dient daher nur dann zu Zwecken des öffentlichen Verkehrs oder zur anderweitigen Benutzung des Einzelnen[2]), falls ein besonderer Rechtsgrund hierzu vorliegt[3]).

Natürlich verbleibt dem Eigentümer des Ufergrundstücks das Verfügungs- und Benutzungsrecht an dem Leinpfade, soweit es sich mit den Zwecken, denen der Leinpfad dienen soll, vereinigen läßt.

Eine Entschädigung für die Gestattung des Leinpfades an natürlichen Wasserläufen erster Ordnung kann der Grundstückseigentümer nicht für die Wasserläufe verlangen, an denen bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits ein Leinpfad bestand, wohl aber für die natürlichen Wasserläufe erster Ordnung, an denen erst nach Inkrafttreten des Gesetzes ein Leinpfad eingerichtet wird. Dieses geht aus § 27 Absatz 2 Satz 2 hervor.

Nicht verpflichtet ist der Grundstückseigentümer[4]), auf dem belasteten Grundstücke Anlagen im Schiffahrtsinteresse zu machen. Für die bauliche Einrichtung des Leinpfades und für Pfähle zum Anbinden der Schiffe hat deshalb der Grundstückseigentümer nicht aufzukommen.

Doch muß der Grundstückseigentümer gemäß Absatz 1 Satz 2 den zweckentsprechenden Ausbau und die Unterhaltung des Leinpfades durch den Staat dulden, wenn dabei eine bisherige Benutzungsmöglichkeit des Leinpfades durch den

1) Begr. S. 79.
2) Wegerecht.
3) R.G. 6 S. 323, O.V.G. 26 S. 231, 61 S. 272
4) Begr. S. 79.

Eigentümer gemindert oder zerstört wird, so hat der Eigentümer dieses selbstverständlich ohne Entschädigung zu dulden. Nimmt jedoch der Staat zum Ausbau eines Leinpfades eine Anschüttung vor der Uferlinie vor, so hat er den früheren Anliegern, soweit es deren wirtschaftliche Interessen erfordern, die Verbindung mit dem Wasserlaufe und dessen Benutzung in dem bisher geübten Umfange zu gestatten[1]); die Anschüttungen selber werden Eigentum des Staates[2]).

Den Ausbau und die Unterhaltung des Leinpfades haben die Anlieger nur durch den Staat, nicht dagegen auch durch andere Unternehmer, die an dem Leinpfad ein Interesse haben, zu dulden; natürlich kann der Staat die ihm zustehende Befugnis zum Ausbau und Unterhaltung des Leinpfades einem Unternehmer als seinem Organ übertragen.

Bemerkt sei noch, daß nach § 29, soweit Bestimmungen beim Inkrafttreten des Gesetzes zur näheren Regelung des Leinpfadrechtes und somit der Leinpfadslast von den zuständigen Behörden erlassen sind, diese maßgebend bleiben und ebenso die Wasserpolizeibehörde neue Bestimmungen dieser Art durch Polizeiverordnung treffen kann.

Nach § 27 Absatz 2 Satz 1 hat der Anlieger eines Wasserlaufs zweiter oder dritter Ordnung, falls dieser nach § 3 Absatz 1 zu einem Wasserlauf erster Ordnung wird, nach einem aufzustellenden Plan den Leinpfad gegen Entschädigung zu dulden.

Dieses gilt auch für solche Wasserläufe, die früher einmal Wasserläufe erster Ordnung waren, aber in die Wasserläufe zweiter oder dritter Ordnung versetzt sind[3]).

1) § 156 Absatz 5.

2) R.G. 28 S. 209 und die bei Holtz-Kreutz S. 193 angeführte Entscheidung des Reichsgerichts vom 5. Mai 1909, Aktenzeichen: V 16. 1908.

3) Holtz-Krentz S. 194.

Ein besonderes Verfahren für die Aufstellung des Planes ist im Gesetz nicht vorgesehen.

Nach Holtz-Kreutz [1]) wird die Stromverwaltungsbehörde zunächst versuchen müssen, eine gütliche Einigung mit den Grundstückseigentümern, nötigenfalls unter Vorbehalt der Entschädigungsfrage, zu erzielen. Gelingt das nicht; so hat die Wasserpolizeibehörde auf der Grundlage des von der Stromverwaltungsbehörde aufzustellenden Planes den Leinpfad durch polizeiliche Verfügung festzustellen und diese den beteiligten Eigentümern zuzustellen, denen gegen die Verfügung die Rechtsmittel aus § 347 zustehen.

Die Entschädigung kann dagegen nicht durch polizeiliche Verfügung festgestellt werden. Über sie ist im Streitfalle vom ordentlichen Richter zu entscheiden, da im § 27 Absatz 2 nicht wie z. B. im § 3 eine Bestimmung dahingehend, daß der Bezirksausschuß über die Entschädigung zu beschließen habe, getroffen ist.

Wird später eine Erweiterung des Leinpfades wegen vergrößerter Bedürfnisse der Schiffahrt erforderlich, dann ist in derselben Weise wie bei der Anlegung des Leinpfades zu verfahren.

Eine Entschädigung im Falle des § 27 Absatz 2 ist nur zu leisten für die Duldung des Leinpfades. Sie umfaßt nicht blos den Schaden durch Entfernung von baulichen und anderen Anlagen, sondern alle Nachteile, die entstehen, sei es durch die verminderte Benutzungsmöglichkeit des Landstreifens, auf dem der Leinpfad errichtet ist, oder durch die Wirtschaftserschwernisse, die dem sonstigen Grundbesitz des Uferanliegers durch den Leinpfad zugefügt werden.

Hierbei sind die für die Enteignung maßgebenden

1) S. 194.

Grundsätze anzuwenden, wenn das auch nicht ausdrücklich wie im § 10 und 11 ausgesprochen ist.

Dasselbe gilt für die schon erwähnte Entschädigungspflicht des Staates bei Einrichtung eines Leinpfades an natürlichen Wasserläufen erster Ordnung, an denen bisher, das heißt, bis zum Inkrafttreten des Gesetzes, kein Leinpfad bestanden hat. Hat bereits einmal, wenn auch nur kurze Zeit, ein Leinpfad bestanden und ruhte er nachher, so ist eine Entschädigungspflicht des Staates nicht gegeben.

Übrigens kann die Wasserpolizeibehörde nach Absatz 3 des § 27 bestimmen, daß an einzelnen Strecken natürlicher Wasserläufe erster Ordnung ein Leinpfad nicht freigehalten zu werden braucht. Diese Bestimmung kann dauernd und widerruflich sein. Nach dem Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses[1]) soll sie aber nur erfolgen auf den Strecken, wo der Verkehr die Aufrechterhaltung des Leinpfades nicht mehr erfordert.

Gemäß § 28 Satz 1 müssen die Anlieger an natürlichen Wasserläufen erster Ordnung auch das Landen und Befestigen von Schiffen und Flößen gestatten. Jedoch kann die Wasserpolizeibehörde auf Grund eines Antrages der Anlieger einzelne Strecken davon ausschließen. Eigentlich fällt diese Befugnis der Polizei mit unter § 39. Trotzdem hat die Bestimmung des Satzes 1 insofern Bedeutung, als dem Antragsteller im Ablehnungsfalle die Beschwerde im Aufsichtswege zusteht und der Ausschluß nicht in besonderer Form, sondern durch einfache Erklärung der Wasserpolizeibehörde erfolgen kann, während ein allgemeines Verbot nach § 39 nur durch Polizeiverordnung erfolgen kann[2]).

1) S. 57.
2) Holtz-Kreutz S. 198.

Nach Satz 2 besteht dieselbe Verpflichtung wie nach Satz 1 an privaten Ein- und Ausladestellen; an diesen aber nur in Notfällen, weil sie als besondere Anlagen von privaten Unternehmern vor dem Landen nicht berechtigter Fahrzeuge geschützt werden sollen[1]).

Nach Satz 3 haben weiter die Anlieger in Notfällen auch das zeitweilige Aussetzen der Ladung des Schiffes oder des Floßes zu dulden. Satz 3 spricht allgemein von Anliegern, bezieht sich also auf alle, also auch auf die Anlieger der ausgeschlossenen Strecken und diejenigen, welche private Ein- und Ausladestellen haben.

Selbstverständlich sind ferner die allgemeinen Vorschriften über den Notstand, wie sie in dem bürgerlichen Gesetzbuch §§ 228, 904 und im Strafgesetzbuch § 54 niedergelegt sind, anzuwenden. Hiernach ist das Landen, Befestigen, Aussetzen der Schiffe, Flöße und Ladung an allen Strecken bei Vorliegen eines Notstandes gestattet.

Zu erwähnen ist hier wiederum, daß nach § 29 die zur Regelung der vorstehenden Verpflichtungen der Anlieger getroffenen Bestimmungen, soweit solche bei Inkrafttreten des Gesetzes von den zuständigen Behörden bereits erfolgt waren, bestehen bleiben und neue Bestimmungen durch die Wasserpolizei behörden erfolgen könen.

Wird nun durch bestimmungswidrige Benutzung des Leinpfades oder durch das Landen, Befestigen oder Aussetzen ein Schaden verursacht, dann ist der Schiffseigner oder Eigentümer des Floßes nach § 30 Absatz 1 Satz 1 für den Schaden verantwortlich und zwar für jeden Schaden[2]).

1) Begr. S. 80.
2) Begr. S. 80.

Unter Schiffseigner ist dasselbe zu verstehen, wie nach dem Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juni 1895 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898. Nach § 1 und 2 dieses Gesetzes ist Schiffseigner nicht blos der Eigentümer eines zur Schiffahrt auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern bestimmten und hierzu von ihm verwendeten Schiffes, sondern dritten gegenüber wird als Schiffseigner auch angesehen, wer ein ihm nicht gehöriges Schiff zur Binnenschiffahrt verwendet und es entweder selbst führt oder die Führung einem Schiffer anvertraut.

Der Schadensersatzanspruch aus § 30 Absatz 1 richtet sich praktischer Weise gegen den Schiffseigner oder Eigentümer des Floßes und zwar haften diese persönlich mit ihrem ganzen Vermögen, nicht gegen den in den meisten Fällen schwer zu ermittelnden und häufig vermögenslosen Urheber des Schadens. Hierdurch erhält der Uferanlieger also eine weit größere Sicherheit für den Ersatz seines Schadens. Der Schadensersatzanspruch selber verjährt nach Satz 2 in einem Jahre und die Verjährung beginnt nach Satz 3 mit dem Ablauf des Jahres, in dem der Schaden entstanden ist.

Nach Absatz 2 des § 30 gelten aber die Vorschriften des Absatzes 1 nicht in den Fällen, für welche die Verantwortlichkeit der im Absatz 1 bezeichneten Personen durch besondere, neben dem bürgerlichen Gesetzbuche geltenden Reichsgesetze geregelt ist.

Das ist durch das bereits angeführte Binnenschifffahrtsgesetz und durch das Flößereigesetz vom 15. Juni 1895 geschehen. In Betracht kommen vom Binnenschiffahrtsgesetz die §§ 3, 4, 21, 102, 103 und vom Flößereigesetz die §§ 22, 23, 17. Nach diesen Bestimmungen kann ein Schaden auf das Binnenschiffahrts- und Flößereigesetz nur gestützt

werden, wenn er durch das Personal eines Schiffes in Ausübung ihrer Dienstverrichtungen oder Floßes mit dem Floße oder durch den Schiffseigner selber verursacht ist. Der Schiffseigner haftet aber, abgesehen vom Falle eigenen Verschuldens und Schadenszufügung infolge böswillig fehlerhafter Führung des Schiffes, nur mit dem Schiffe und der Fracht, der Eigentümer des Floßes mit dem Floße.

Trotz dieses gesetzlichen Pfandrechtes wird jedoch der Geschädigte stets gut tun, seine Klage auf § 03 Absatz 1 zu stützen, statt auf das Binnenschiffahrts- und Flößereigesetz, denn § 30 Absatz 1 setzt kein Verschulden voraus [1]). Er braucht daher nicht den schwierigen Beweis eines Verschuldens zu führen und außerdem haftet ihm der Schiffseigner oder Eigentümer des Floßes mit seinem ganzen Vermögen. Die letzteren können dann selbstverständlich ihrerseits einwenden, es läge ein Verschulden der Schiffsbesatzung, des Floßführers oder der Floßmannschaft oder fehlerhafte Führung des Schiffes vor, es sei nur eine Haftung nach dem Schiffahrts- und Flößereigesetz gegeben [2]). Damit wird aber dem Geschädigten das gesetzliche Pfandrecht an Schiff und Fracht zugestanden.

Gemäß Absatz 2 Satz 2 des § 30 bleiben ferner noch die Vorschriften unberührt, nach denen der Schiffseigner oder der Eigentümer des Floßes im weiteren Umfange oder nach denen andere für den Schaden haften.

Hierunter fallen hauptsächlich die Vorschriften der §§ 823 ff. B.G.B. über unerlaubte Handlungen [3]). Diese sind insbesondere dann anzuwenden, wenn andere als die nach Absatz 1 zu ersetzenden Schäden verlangt werden oder

1) Begr. S. 80.
2) R.G. 82 S. 146.
3) Begr. S. 81.

bei Verschulden gegen den Schiffseigner oder Eigentümer des Floßes nach Ablauf der Verjährungsfrist des Absatz 1 vorgegangen werden soll oder ein dritter z. B. die Schiffsmannschaft als schuldhafter Urheber des Schadens haftbar gemacht wird.

§ 11: Die Flößerei auf den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung.

Eine weitere Art des Gemeingebrauchs ist die Flößerei auf den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung. In dieser Beziehung ist dasselbe zu sagen, wie im Anfang des § 10 der Arbeit zum Leinpfadsrecht ausgeführt ist.

Nach § 31 Absatz 1 Satz 1 bleibt auf den Wasserläufen zweiter oder dritter Ordnung die Flößerei da, wo sie beim Inkrafttreten des Gesetzes gemeinüblich oder besonders zugelassen ist, im bisherigen Umfange gestattet.

Dies gilt für die gesamten Strecken der Wasserläufe zweiter oder dritter Ordnung, einschließlich der im § 25 Absatz 3 bezeichneten Art von Wasserlaufsstrecken [1]), mögen diese Wasserläufe nun natürliche oder künstliche sein.

Die Wasserläufe müssen aber beim Inkrafttreten des Gesetzes zur zweiten oder dritten Ordnung gehört haben. Wird ein Wasserlauf erster Ordnung in die zweite oder dritte Ordnung versetzt, dann kann auf ihm in Gemäßheit des Satzes 2, der gleich noch zu erörtern ist, die Flößerei gestattet werden.

Die Flößerei umfaßt nicht blos das Flößen mit verbundenen Hölzern, sondern auch die Flößerei mit unverbundenen Hölzern, die sogenannte wilde Flößerei. Die Hölzer werden einfach dem Wasserlauf übergeben und dann an

1) Holtz-Kreutz S. 207.

einer weiter unten gelegenen Stelle wieder aufgefangen. Diese Art der Beförderung, so führt die Begründung [1]) aus, nimmt den Wasserlauf und seine Ufer in hohem Grade in Anspruch. Die schwimmenden Hölzer dürfen keinen Hindernissen begegnen, an denen sie hängen bleiben; Abzweigungen des Wasserlaufs müssen ihnen versperrt werden, damit sie sich nicht hineinverirren; die Arbeiter des Unternehmers müssen überall an den Wasserlauf heran kommen können, um die hängen gebliebenen Hölzer in das Wasser zurückzubringen; Vorrichtungen zum Auffangen und Sammeln des Holzes müssen an geeigneten Stellen angebracht werden. Diese Art der Flößerei kann unter Umständen auf den kleinsten Wasserläufen betrieben werden.

„Gemeinüblich" bedeutet auch hier wieder die Ausübung eines tatsächlichen Zustandes, „besonders zugelassen" heißt auf Grund Landesgesetz oder örtlicher Statuten.

Eine Bestimmung darüber, wer im Falle eines Streites, ob die Flößerei gemeinüblich oder besonders zugelassen war, zu entscheiden hat, ist nicht wie im § 25 Absatz 2 getroffen.

Je nach Lage des Falles entscheidet der ordentliche Richter oder der Verwaltungsrichter.

Nicht richtig ist, wenn Holtz-Kreutz [2]) meint, die Entscheidung läge regelmäßig der Wasserpolizeibehörde und gegebenenfalls den Instanzen ob, die nach § 347 für die Beschwerde oder Klage gegen wasserpolizeiliche Verfügungen zuständig seien, indem er auf §§ 36 Absatz 2, 39, 21 verweist. Aus diesen Paragraphen geht nur hervor, daß die Wasserpolizeibehörde den bestehenden Gemeingebrauch regeln, beschränken, verbieten kann, niemals ist damit aber der Wasserpolizeibehörde die Befugnis und Ermächtigung

1) S. 81.
2) S. 207.

erteilt worden, zu entscheiden, ob die Flößerei beim Inkrafttreten des Gesetzes auf den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung gemeinüblich oder besonders zugelassen war. § 39 ist überhaupt mit Rücksicht auf § 34 nicht anwendbar. Darüber ist gleich unten zu reden.

Die Flößerei selber ist im bisherigen Umfange gestattet.

Gemäß Satz 2 Absatz 1 kann die Flößerei ferner im öffentlichen Interesse oder aus Gründen eines überwiegend wirtschaftlichen Bedürfnisses nach Anhörung der beteiligten Schauämter und des Wasserbeirats durch den Minister für Landwirtschaft, Domänen und Forsten neu zugelassen oder im erweiterten Umfange gestattet werden. Die näheren Bestimmungen sind durch die von dem Minister nach § 32 Absatz 3 zu erlassenen Flößereiordnung zu treffen. Die Flößereiordnung muß enthalten nach Absatz 3 die nähere Bestimmung über die Art und die Ausübung der Flößerei, die den Eigentümern des Wasserlaufs, den Anliegern und den Stauberechtigten aufzuerlegenden Verpflichtungen und Beschränkungen, soweit sie sich nicht aus § 31 Absatz 2 ergeben.

Übrigens bedarf die Flößereiordnung nur die für eine Polizeiverordnung gemäß § 140 Landesverwaltungsgesetz vorgeschriebene Form und Bekanntmachung, wenn in der Flößereiordnung Strafbestimmungen aufgenommen sind [1]).

Unter öffentliches Interesse ist jedes berechtigte Interesse der Allgemeinheit [2]), unter dem überwiegenden wirtschaftlichen Bedürfnis dagegen ein privates Interesse zu verstehen [3]).

Gemäß § 34 kann die nach § 31 Absatz 1 zulässige Flößerei, das heißt, die sowohl nach Satz 1 wie nach Satz 2 zulässige, auf dem dort angegebenen Wege wieder aufge-

1) K.G. 21 C. 69.
2) Komm. B. A. H. S. 40.
3) Komm. B. A. H. S. 58.

hoben oder beschränkt werden. Hiernach steht der Wasserpolizeibehörde nicht die allgemeine Befugnis aus § 39 in Bezug auf die Flößerei zu, weil sich § 34 als eine ausschließende Sondervorschrift für die Fälle des § 31 darstellt. Die Wasserpolizeibehörde hat lediglich die Beobachtung der durch die Flößereiordnung getroffenen Regelung der Flößerei zu überwachen.

Im Falle des § 31 Absatz 1 Satz 2 hat der Staat für nachteilige Wirkungen der Flößerei, die nicht durch besondere Einrichtungen ausgeschlossen werden, nach § 32 Absatz 1 und 2 Entschädigung zu leisten. Die Entschädigung umfaßt jeden Schaden, der durch die Flößerei verursacht wird, jedoch nicht den Schaden, der durch das Landen und Befestigen eines Floßes mit verbundenen Hölzern an den Ufergrundstücken entsteht. Dieser ist nach § 31 Absatz 2 zu ersetzen.

Der Anspruch auf Entschädigung entsteht erst mit dem Eintritt der nachteiligen Wirkung und unterliegt, da es sich um keine unerlaubte Handlung handelt, der regelmäßigen Verjährung [1]).

Über die Entschädigung beschließt im Streitfalle der Bezirksausschuß. Der Beschluß kann binnen drei Monaten nach der Zustellung im Rechtswege angefochten werden.

Auf die Auszahlung und Hinterlegung der Entschädigung sind die bei der Enteignung maßgebenden Vorschriften [2]) anzuwenden. Da durch die Einführung der Flößerei die an die Wasserläufe angrenzenden Grundstücke unter Umständen erheblich entwertet werden können, ist dies zur Sicherung der Realgläubiger bestimmt [3]).

1) § 195 B.G.B.

2) §§ 36—38, 47—49 des Gesetzes über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874.

3) Begr. S. 82.

Auf die Flößerei mit verbundenen Hölzern finden ferner nach § 31 Absatz 2, wie schon bezüglich der Entschädigung erwähnt, die Vorschriften der §§ 28 bis 30 über das Landen und Befestigen an den Ufergrundstücken und über den Ersatz von Schäden entsprechende Anwendung.

Es wird auf die in Betracht kommenden Ausführungen des § 10 der Arbeit verwiesen.

Schließlich kann der Minister für Landwirtschaft, Domänen und Forsten nach § 33 in den Fällen des § 31 Absatz 1 zur Deckung der Verwaltungs- und Unterhaltungskosten, im Falle des § 31 Absatz 1 Satz 2 auch zur Deckung der Kosten der Einrichtungen und der Entschädigungen [1]) die Erhebung einer Flößereiabgabe anordnen.

Hierbei ist das Gesetz über die Abgabe von der Flößerei vom 1. Juni 1870 und das Gesetz, betreffend den Ausbau der deutschen Wasserstraßen und die Erhebung von Verkehrsabgaben vom 24. Dezember 1911 zu berücksichtigen.

Die Bestimmung des § 30 widerspricht nicht dem aus dem Wesen des Gemeingebrauchs entspringenden Grundsatz, daß die gleichmäßige Benutzung des im Gemeingebrauch stehenden Objekts durch alle Menschen gemeinsam unentgeltlich ist [2]). Denn für das Dulden der Flößerei an sich wird kein Entgelt erhoben, sondern nur für besondere durch die Einrichtungen, Verwaltung und durch nachteilige Wirkungen der Flößerei entstandene Unkosten.

§ 12. Der öffentliche Verkehr auf Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung.

In ähnlicher Weise, wie an den Wasserläufen erster

1) § 32. Absatz 1.
2) Vossen S. 18.

Ordnung [1]) findet nun auch nach § 35 an den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung ein öffentlicher Verkehr statt.

§ 35 schreibt vor: Auf die sonstige Benutzung von Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung für den öffentlichen Verkehr sind die §§ 28 bis 30, der § 31 Absatz 1 und der § 34 anzuwenden. Infolge der Bezugnahme des § 35 auf diese Paragraphen empfahl es sich, den öffentlichen Verkehr an den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung nicht gleich im Anschluß an den öffentlichen Verkehr auf den Wasserläufen erster Ordnung zu behandeln, sondern erst hier, nachdem eine Darstellung des Leinpfadrechts und der Flößerei an den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung gegeben ist.

Zunächst ist zu bemerken, daß für die Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung der Schiffverkehr, soweit er auf ihnen betrieben wird, nach § 35 ungeschmälert aufrecht erhalten wird [2]).

Als Benutzung für den öffentlichen Verkehr kommt weiter, von der Flößerei abgesehen, das Kahnfahren und Eislaufen in Frage. Dieses ist nicht, wie Holtz-Kreutz [3]) annimmt, für die natürlichen Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung bereits nach § 25 Absatz 2 insoweit gestattet, als es bisher gemeinüblich gewesen ist, denn wie bereits ausgeführt [4]), kommt § 25 nur für das Kahnfahren und Eislaufen, das sich nicht im Rahmen des öffentlichen Verkehrs abspielt, in Betracht. Handelt es sich aber um Kahnfahren und Eislaufen im Sinne des öffentlichen Verkehrs, dann ist § 35 gegeben.

1) Siehe S. 48 ff.
2) Begr. S. 52.
3) S. 215.
4) S. 35.

Hiernach bleibt, indem § 35 ausdrücklich auf § 31 Absatz 1 Bezug nimmt, das Kahnfahren und Eislaufen auf den natürlichen Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung da, wo es beim Inkrafttreten des Gesetzes gemeinüblich oder besonders zugelassen ist, im bisherigen Umfange gestattet. Ferner kann im öffentlichen Interesse oder aus Gründen eines überwiegenden wirtschaftlichen Bedürfnisses nach Anhörung der beteiligten Schauämter und des Wasserbeirats der Landwirtschaftsminister das Kahnfahren und Eislaufen als Ausübung des öffentlichen Verkehrs neu zulassen oder in erweitertem Umfange gestatten [1]).

Dasselbe gilt auch für die künstlichen Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung. Diese fallen ebenfalls unter § 35, denn § 35 regelt ganz allgemein die öffentliche Benutzung der Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung; § 25 Absatz 6 ist nicht gegeben. Ist also auf den künstlichen Wasserläufen das Kahnfahren nnd Eislaufen beim Inkrafttreten des Gesetzes als öffentlicher Verkehr gemeinüblich oder besonders zugelassen gewesen, so behält es dabei sein Bewenden. Falls es neu zugelassen werden soll oder in erweitertem Umfange, dann entscheidet wiederum der Landwirtschaftsminister [2]).

Ist streitig, ob das Kahnfahren oder Eislaufen auf Wasserläufen zweiter oder dritter Ordnung als öffentlicher Verkehr beim Inkrafttreten des Gesetzes gemeinüblich oder besonders zugelassen war, so entscheidet je nach Lage des Falles der ordentliche Richter oder der Verwaltungsrichter [3]).

Unter den § 35 fällt auch die Benutzung der Mündungsstrecken solcher Wasserläufe als öffentliche Schiffsliegeplätze, die in eine Schiffahrtstraße münden. Weiter fallen

1) Bochalli S. 26 Nr. 3.
2) Begr. S. 83.
3) Vergl. S. 74.

erunter die Eiswege und Furte, soweit sie als öffentlicher Verkehr benutzt werden.

Findet ein öffentlicher Verkehr auf den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung statt, dann finden auch die Vorschriften über des Landen, Befestigen und Aussetzen an den Ufergrundstücken und über den Ersatz von Schäden Anwendung.

Übrigens ist, falls ein öffentlicher Verkehr auf den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung ausgeübt wird, dieser auf den ganzen Strecken des Flusses, auch denen, die in Hofräumen, Gärten und Parkanlagen liegen oder die sich als künstliche Erweiterungen oder Seen oder Talsperren darstellen, gestattet. Die Vorschriften des § 25 Absatz 3 finden keine Anwendung, weil diese nicht für den öffentlichen Verkehr gelten und § 35 auch nicht ausspricht, sie seien anzuwenden.

§ 13. Das Rechtsverhältnis der Gemeingebrauchsberechtigten zu dem Eigentümer des Wasserlaufs und der Ufergrundstücke und demjenigen, der ein Recht zur Benutzung des Wasserlaufs hat.

Der Eigentümer des Wasserlaufs hat lediglich die Verpflichtung, die Ausübung des Gemeingebrauchs zu dulden, positive Leistungen sind ihm dabei nirgends im Gesetze auferlegt. Nur, falls die durch den Eigentümer[1]) im Verleihungsverfahren nachgesuchte Erlaubnis zur Benutzung des Wasserlaufs[2]) den Gemeingebrauch unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde, hat er gemäß § 57, wenn diese

1) Dies gilt auch für jeden andern.

2) Falls er den Wasserlauf z. B. über die ihm im § 41 gesetzten Schranken hinaus benutzen will, kann er dies nur im Wege der Verleihung.

Wirkung durch Einrichtungen, die mit dem Unternehmen vereinbar und wirtschaftlich gerechtfertigt sind, verhütet werden kann, solche Einrichtungen auf Verlangen der Wasserpolizeibehörde herzustellen und nach § 50 Absatz 1 Satz 2 zu unterhalten.

Dem Eigentümer liegt nicht ob, dafür Sorge zu tragen, daß in dem Flusse Badende durch Strudel keinen Schaden nehmen, daß die Eisfläche von Rissen und Brüchen frei ist, daß Tiere, die im Flusse getränkt werden, nicht in Vertiefungen des Flußbettes geraten können. Eine besondere Unterhaltungspflicht, abgesehen von den Fällen des § 57, und damit eine besondere Schadensersatzpflicht für Unfälle sind also dem Eigentümer nicht aufgebürdet. Wohl aber trifft ihn die allgemeine Schadensersatzpflicht nach § 823 B.G.B., wenn z. B. § 367 Nr. 12 Str.G.B. gegeben ist. Voraussetzung ist jedoch dabei stets, daß dem Eigentümer ein Verschulden zur Last fällt. Ein Verschulden liegt keineswegs schon dann vor, wenn der Eigentümer verabsäumt, die Eisdecke auf ihre Tauglichkeit zum Gemeingebrauche zu prüfen und etwa vorgefundene Mängel, die eine Gefahr in sich bergen, abzustellen. Anders, wenn der Eigentümer als Fischereiberechtigter Eislöcher in die Eisfläche haut und es fahrlässigerweise unterläßt, sie kenntlich zu machen.

Im übrigen darf nach § 36 Absatz 1 Satz 1 der Eigentümer des Wasserlaufs, sowie derjenige, dem beim Inkrafttreten des Gesetzes ein Recht zur Benutzung des Wasserlaufs, das nach den §§ 379 bis 381 aufrecht erhalten bleibt, zusteht, den Gemeingebrauch nicht unnötig erschweren oder ohne erheblichen Grund unmöglich machen.

Hierher gehört auch die Vorschrift des § 87 Absatz 2, welche bestimmt, daß beim Ausgleichungverfahren eine Regelung unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des Gemeingebrauchs stattzufinden habe.

Eigentlich ist die Bestimmung des § 36 Absatz 1 Satz 1 überflüssig, weil sie mit durch die allgemein gehaltene Bestimmung des Satzes 2 des § 36 „den Gemeingebrauch der Wasserläufe darf niemand hindern" betroffen wird. Nach dem Entwurf lautete § 36 auch nur so. Erst durch den Landtag, dem der § 36 des Entwurfs nicht genügte, weil er der Ansicht war, daß der Entwurf bei der Verteilung der Nutzungsrechte den Gemeingebrauch nicht genügend berücksichtige und daher eine besondere Bestimmung zum Schutze des Gemeingebrauchs dem Eigentümer und sonstigen Nutzungsberechtigten gegenüber getroffen werden müßte [1]), ist Satz 1 in dem § 36 aufgenommen.

Unter Eigentümer ist sowohl der Eigentümer kraft Anliegerechtes, als auch der Eigentümer, der nicht Anlieger ist, zu verstehen.

Nur dieser und derjenige, dem ein Nutzungsrecht an den Wasserläufen gemäß § 379 bis 381 [2]) zusteht, fällt unter Absatz 1 Satz 1. Alle andern Rechte fallen entgegen der von Holtz-Kreutz vertretenen Ansicht unter Satz 2. Hätten diese ebenfalls unter Satz 1 fallen sollen, dann wäre sicherlich statt des Antrages 96 der jetzigen Fassung Antrag 56, der lautete „Der Eigentümer oder derjenige, der ein besonderes Recht zur Benutzung des Wasserlaufs hat oder erwirbt, darf den Gemeingebrauch nur zur Wahrung wichtiger Interessen unmöglich machen oder erheblich erschweren," im Gesetz aufgenommen.

Ob nnd wann eine unnütze Erschwerung oder Unmög-

1) Komm. B. S. 59, 60.

2) Das sind Nutzungsrechte, der im § 46 bezeichneten Art, also Gebrauch und Verbrauch des Wassers, Einleitung von Wasser, Hebung und Senkung des Wasserspiegels, Anlegung von Häfen, Stichkanälen, Anlegeplätzen, Badeanstalten.

lichmachung des Gemeingebrauchs ohne erheblichen Grund vorliegt, ist reine Tatfrage und muß daher jedes Mal im einzelnen Falle entschieden werden.

Unter „niemand" im Sinne des Satzes 2 sind alle zu verstehen, die nicht unter Absatz 1 fallen. Was unter „hindern" gemeint ist, ist wiederum Tatfrage.

§ 38 bestimmt nun „Der Gemeingebrauch enthält, unbeschadet der Vorschriften des § 27 Absatz 1, der §§ 28, 29 des § 31 Absatz 2 und des § 32 Absatz 3 Nr. 2, nicht die Befugnis, fremde Ufergrundstücke zu betreten oder sonst zu benutzen oder Anlagen im Wasserlaufe zu errichten."

Hiernach gibt der Gemeingebrauch nicht die Befugnis, in die Rechte des Eigentümers der Ufergrundstücke einzugreifen, soweit dies nicht infolge des Landens, Befestigens und Aussetzens des Schiffes, Floßes oder Ladung und den Verpflichtungen nach Maßgabe einer Flößereiordnung ausdrücklich gestattet ist.

Wo nicht öffentliche Plätze oder Wege unmittelbar an das Wasser grenzen, ist in der Regel das Eigentumsrecht oder ein sonstiges dingliches oder persönliches Privatrecht zur Benutzung des Ufergrundstücks, das als Zuweg zum Wasser dient, Voraussetzung für die Ausübung des Gemeingebrauchs. Ein allgemeines Notwegrecht zum Wasser zur Ausübung des Gemeingebrauchs kennt das Gesetz nicht [1]).

Weiter ist nach § 38 verboten, zur Ausübung des Gemeingebrauchs Anlagen im Wasserlauf zu errichten. Unter Anlagen sind Anlagen jeder Art zu verstehen, mögen sie mit der Sohle des Wasserlaufs fest verbunden sein oder nur auf der Sohle aufliegen oder auch nur in das Wasser hineinragen, ohne die Sohle zu berühren [2]).

1) Begr. S. 84.
2) Holtz-Kreutz S. 222.

Bemerkt sei noch, daß nach § 25 Absatz 1 in den dort geregelten Fällen des Gemeingebrauchs dieser nur ausgeübt werden darf, wenn andere dadurch nicht benachteiligt werden. Der Ausdruck „andere" ist im weitesten Sinne aufzufassen, insbesondere fallen darunter der Eigentümer des Wasserlaufs, die Anlieger, die Fischereiberechtigten[1]) und sonstige Personen, denen ein Recht an dem Wasserlauf zusteht. Unter Benachteiligung ist jede Beeinträchtigung eines fremden Rechts zu verstehen, so ist z. B. auch die Beschädigung von Rohr und Binsen, etwa beim Kahnfahren oder Viehtränken, ein Nachteil — sei es des Eigentümers, sei es des Rohrnutzungsberechtigten — im Sinne dieser Bestimmung[2]). Handelt es sich jedoch um die Beeinträchtigung anderer Gemeingebrauchsberechtigter, so ist nicht jede Beeinträchtigung der Ausübung des Gemeingebrauchs als Nachteil anzusehen, sondern nur dann, wenn der Gemeingebrauch völlig unmöglich gemacht oder erheblich erschwert wird[3]).

Wird der Eigentümer oder Nutzungsberechtigte durch unzulässige Ausübung des Gemeingebrauchs gestört, dann kann er im Klagewege dagegen angehen[4]).

§ 14. Das Verhältnis der Gemeingebrauchsberechtigten untereinander.

Nach § 37 darf endlich durch den Gemeingebrauch anderen der Gemeingebrauch nicht unmöglich gemacht oder erheblich erschwert werden. Diese Bestimmung ist bereits in dem eben angeführten § 36 Absatz 1 Satz 2 und § 25 Absatz 1

1) Vgl. Komm. B. A. H. S. 8.

2) Holtz-Kreutz S. 179.

3) § 25 Abs. 5, § 37, siehe auch den folgenden Paragraphen der Arbeit.

4) R.G. Leipz. Zeitschrift 1914 S. 185.

mitenthalten, denn ohne Zweifel sind unter „andere" auch die anderen Gemeingebrauchsberechtigten mit verstanden. An sich wäre daher § 37 entbehrlich gewesen.

Die Vorschriften des § 37, 36 Absatz 1 Satz 2, § 25 Absatz 1 entsprechen dem Wesen des Gemeingebrauchs als dem gleichen Recht aller, den Gegenstand des Gemeingebrauchs zu benutzen.

Darin liegt das Verbot an den einzelnen, den Gemeingebrauch derart auszuüben, daß dadurch den übrigen die Mitausübung unmöglich gemacht oder unverhältnismäßig erschwert wird [1]).

Wo es sich nicht vermeiden läßt, daß die verschiedenen Interessen der einzelnen bei der Ausübung des Gemeingebrauchs einander gegenüber treten, darf dem einen nicht zu Gunsten des andern die Mitausübung unmöglich gemacht werden, sondern es hat eine verhältnismäßige Teilung stattzufinden [2]).

§ 15. Die Aufgabe der Wasserpolizei.

Zunächst ist kurz darauf einzugehen, wer Wasserpolizeibehörde ist.

§ 342 bestimmt darüber folgendes:

Wasserpolizeibehörde ist:

1. für die Wasserläufe erster Ordnung der Regierungspräsident,
2. für die Wasserläufe zweiter Ordnung und die nicht zu den Wasserläufen gehörenden Gewässer der Landrat, in Stadtkreisen die Ortspolizeibehörde. Die Städte, deren

1) Begr. S. 83.
2) Begr. S. 83, R.G. 16 S. 146.

Polizeiverwaltung der Aufsicht des Landrats nicht untersteht, stehen den Stadtkreisen gleich [1]);

3. für die Wasserläufe dritter Ordnung die Ortspolizeibehörde.

Bei Talsperren ist der Regierungspräsident, der die Aufsicht über die Talsperre führt, Wasserpolizeibehörde.

Jedoch können gemäß § 343 die zuständigen Minister die Wahrnehmung der Wasserpolizei übertragen

1. für Wasserläufe erster Ordnung einem der für die betreffenden Stromgebiete zuständigen Oberpräsidenten oder Regierungspräsidenten;
2. für Wasserläufe zweiter Ordnung, die von einer sich über mehrere Kreise erstreckenden Wassergenossenschaft unterhalten werden, dem die Aufsicht über die Genossenschaft führenden Landrat, in Stadtkreisen der Ortspolizeibehörde, auch für die übrigen beteiligten Kreise.

Gemäß Absatz 2 des § 343 können auch bei Wasserläufen erster Ordnung örtliche Geschäfte der Wasserpolizei dem Ortsbaubeamten, dem Landrat und den nachgeordneten Polizeibehörden übertragen werden.

Ferner kann nach § 344 für die Wasserläufe dritter Ordnung in Landkreisen der Oberpräsident die Wahrnehmung der Wasserpolizei allgemein oder für einzelne Fälle dem Landrat übertragen.

Zu bemerken ist noch, daß nach § 347 gegen wasserpolizeiliche Verfügungen des Oberpräsidenten innerhalb zwei Wochen die Beschwerde oder nach § 127 Absatz 3, 4 des Landesverwaltungsgesetzes vom 30. Juli 1883 die Klage bei dem Oberverwaltungsgerichte zulässig ist. Über die Beschwerde entscheidet, wenn es sich um die Benutzung der Wasserläufe für den öffentlichen Schiffsverkehr handelt, der

1) Es sind dies die 19 sogenannten selbständigen oder eximierten Städte der Provinz Hannover.

Minister für Handel und Gewerbe, sonst der Minister der öffentlichen Arbeiten.

Im übrigen richten sich nach Absatz 2 des § 347 die Rechtsmittel gegen wasserpolizeiliche Verfügungen nach den allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung polizeilicher Verfügungen [1]).

Wegen der etwa zu erlassenen Polizeiverordnungen wird auf die §§ 350 und ff. verwiesen.

Aufgabe der Wasserpolizeibehörde ist es nun gemäß § 36 Absatz 2 die Beobachtung der Bestimmungen, die zum Schutze des Gemeingebrauchs getroffen sind, zu überwachen.

Außerdem bestimmt § 39 in Ergänzung des § 21 „Die Wasserpolizeibehörde kann den Gemeingebrauch regeln, beschränken oder verbieten." Hierbei ist die Wasserpolizeibehörde nicht auf die Wahrnehmung öffentlicher Interessen beschränkt, sondern auch zum Einschreiten lediglich im Privatinteresse befugt. Dies ist ausdrücklich bei den Verhandlungen des Abgeordnetenhauses zur Sprache gebracht [2]).

§ 39 gibt der Wasserpolizeibehörde im Gegensatz zu § 36 Absatz 2, wo es ihre Pflicht ist, einzuschreiten, nur eine Befugnis, von der sie nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen zum Schutze der ihr anvertrauten Interessen Gebrauch machen kann. Deshalb kann aus dem Umstande, daß eine Regelung des Gemeingebrauchs unterblieben ist, ein Anspruch auf Ersatz eines infolgedessen eingetretenen Schadens nicht hergeleitet werden [3]).

Die Regelung des Gemeingebrauchs durch die Wasserpolizeibehörde muß sich innerhalb des gesetzlichen Rahmens des Gemeingebrauchs halten. Das Wort „regeln" ist nicht

1) Das heißt nach § 127 ff. des Landesverwaltungsgesetzes.
2) Sten. B. A. H. Sp. 8070, 8078.
3) Holtz-Kreutz S. 223.

dahin zu verstehen, daß daraus eine Erweiterung des Gemeingebrauchs hergeleitet werden könne, auch nicht auf Umwegen[1]). Innerhalb des gesetzlichen Rahmens kann aber die Polizei diejenigen Maßregeln treffen, die ihr mit Rücksicht auf das öffentliche oder private Wohl angemessen erscheinen. Sie kann den Gemeingebrauch beschränken und nötigenfalls ganz verbieten, wie z. B. in der Nähe von Festungswerken[2]). Das Verbot kann für die Dauer oder vorübergehend sein. Im übrigen kann die Wasserpolizeibehörde jederzeit ihre getroffenen Maßnahmen aufheben oder ändern[3]).

Nach § 39 Satz 2 sind die Verfügungen, welche die Polizeibehörde auf Grund des Satzes 1 erläßt, mit Gründen zu versehen. Diese Vorschrift bezieht sich aber auf die Einzelverfügungen. Soweit auf Grund des § 39 polizeiliche Verordnungen, wozu die Wasserpolizeibehörde nach den Ausführungen der Begründung[4]) ermächtigt ist, erlassen werden, können diese selbstverständlich nicht mit einer Begründung versehen werden.

§ 16. Der Schutz des Gemeingebrauchsberechtigten.

In allen Fällen, in denen der Gemeingebrauchsberechtigte unzulässiger Weise in der Ausübung des Gemeingebrauchs, sei es vom Eigentümer des Wasserlaufs oder der Ufergrundstücke, den Nutzungsberechtigten daran oder andern Gemeingebrauchsberechtigten gestört wird, kann er sich an die Wasserpolizeibehörde wenden, denn diese ist nach den eben ausgeführten Bestimmungen des Gesetzes dazu da, den

1) Sten. B. H. H. Sp. 1014.
2) Sten. B. A. H. Sp. 61.
3) Begr. S. 84.
4) S. 84.

Gemeingebrauch in seiner ordnungsmäßigen Ausübung zu überwachen, zu regeln und zu schützen.

Gegen die Entscheidungen der Wasserpolizeibehörde sind die ebenfalls eben erörterten Rechtsmittel gegeben.

Kommt die Wasserpolizeibehörde dem Ansuchen des im Gemeingebrauch Geschädigten oder Gestörten nicht nach, so steht diesem die Beschwerde an die Aufsichtsbehörde offen.

Wie nun in dem § 1 der Arbeit des Näheren dargetan, sind die landesgesetzlichen Bestimmungen zum Schutze des Gemeingebrauchs durch die Bestimmungen des Wassergesetzes aufgehoben. Somit gibt es auch keinen gemeinrechtlichen Interdiktenschutz des Gemeingebrauchs mehr. Es fragt sich aber, ob nach den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches nicht auch ein Schutz des Gemeingebrauchs an Wasserläufen gegeben ist[1]).

Artikel 65 E. G. B.G.B. steht nicht entgegen, da, wie gesagt, die diesbezüglichen Schutzbestimmungen der Landesgesetzgebung aufgehoben sind. Das Wassergesetz selber schließt aber nicht die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches aus.

Von einer ausschließlichen Zuständigkeit der Wasserpolizeibehörde, wie Bochalli es will[2]), kann nicht die Rede sein. Dies folgt ohne weiteres aus der „Kannvorschrift" des § 39[3]).

Zur Beantwortung der Frage, ob es einen Schutz des Gemeingebrauchs nach dem bürgerlichen Gesetzbuche gibt, ist zunächst von der rechtlichen Natur des Gemeingebrauchs auszugehen.

1) Verneint wird ein solcher Schutz zu Unrecht u. a. von Biermann S. 41 ff.; siehe auch Oertmann, Schuldverhältnisse S. 1061 i und Staudinger Bd. II 2 S. 1700.

2) S. 24 Nr. 5.

3) Vgl. Baumert, Leitfaden des Wasserrechts S. 36, bei Bochalli a. a. O. in Anm. 10 angeführt.

In dieser Beziehung ist im § 2 der Arbeit[1]) nachgewiesen, daß es sich bei dem Gemeingebrauche um ein absolutes Recht handelt und der Anspruch, den das Recht des Gemeingebrauchs gewährt, ein Stück der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit ist, mit welcher der Mensch in die bürgerliche Gesellschaft, der öffentlichen Gewalt, wie den Mitmenschen gegenüber, ausgestattet, mit welcher er darin aufgenommen ist.

Ferner ist nachgewiesen[2]), daß dieser rechtliche Charakter des Gemeingebrauchs durch die Bestimmungen des Wassergesetzes über den Gemeingebrauch nicht berührt ist.

Nun bestimmt § 823 Absatz 1 B.G.B.: „Wer vorsätzlich und fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Andern widerrechtlich verletzt, ist dem Andern zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

Rechte im Sinne des § 823 Absatz 1 sind zweifellos die sogenannten absoluten Rechte[3]).

Es fällt somit auch der Gemeingebrauch unter § 823 Absatz 1 B.G.B.[4]).

Außerdem sind unter Freiheit im Sinne des § 823 Absatz 1 nicht nur die Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit, sondern alle Eingriffe in die ungestörte Willensbetätigung zu verstehen[5]).

Auch aus diesem Grunde fällt der Anspruch, den das Recht des Gemeingebrauches verleiht, als einer Äußerung der Freiheit unter den Absatz 1 des § 823.

---

1) S. 8 ff.
2) S. 14.
3) Staudinger a. a. O. S. 1699.
4) Kuhlenbeck S. 404.
5) Staudinger S. 1697 und die hier Angeführten.

Ist nicht aber auch der Absatz 2 des § 823 B.G.B. gegeben?

Nach diesem Absatz trifft die gleiche Verpflichtung wie nach Absatz 1 denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines andern bezweckendes Gesetz verstößt. Unter Gesetz ist hier jede Rechtsnorm zu verstehen. Es gehören also hierher nicht nur Vorschriften, die in Gesetzen im engeren Sinne enthalten sind, sondern auch gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen, ferner Verordnungen, namentlich, was praktisch besonders wichtig ist, auch Polizeiverordnungen [1]).

Hierüber besteht im allgemeinen auch Einverständnis [2]).

Streit herrscht jedoch darüber, ob § 823 Absatz 2 B.G.B. sich nur auf solche Gebote und Verbote bezieht, die direkt den Schutz eines einzelnen bezwecken, oder auch auf solche, die zunächst den Schutz der Gesamtheit ins Auge fassen, aber dadurch dann auch dem einzelnen zugute kommen [3]).

Nach der herrschenden Lehre schützt ein Gesetz, welches die Gesamtheit schützen soll, auch den einzelnen und fällt damit ein solches Gesetz unter den Absatz 2 des § 823 B.G.B. Doch darf es sich dabei nicht um solche Gesetze handeln, die nur der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung als solcher zum Schutze des Staatswesens als juristischer Persönlichkeit dienen — derartige Gesetze sind höchstens zum Schutze des Staates als solchen, nicht aber auch zum Schutze seiner einzelnen Glieder erlassen. Anders steht es mit solchen Gesetzen, die die Allgemeinheit als Summe der einzelnen, das heißt also jeden einzelnen schützen wollen [4]).

Dieser herrschenden Ansicht ist der Vorzug zu geben.

1) Detmold S. 323.

2) Vergl. auch Staudinger S. 1713.

3) Detmold S. 328 ff., Staudinger a. a. O. und die hier Angeführten, Oertmann S. 1062, 1063.

4) Oertmann a. a. O., Staudinger a. a. O.

Gegen die anderen Ansichten mit guten Gründen Örtmann[1]). Es wird auf die Ausführungen Örtmanns Bezug genommen.

Hiernach sind auch die Bestimmungen des Wassergesetzes zum Schutze des Gemeingebrauchs als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Absatz 2 B.G.B. anzusehen, denn wenn auch die Bestimmungen des Wassergesetzes zum Schutze des Gemeingebrauchs nur die Gesamtheit der Gemeingebrauchsberechtigten schützen, so dienen sie doch damit aber auch gleichzeitig dem Schutze des einzelnen Gemeingebrauchsberechtigten.

Soweit auf Grund des Wassergesetzes zum Schutz des Gemeingebrauchs Polizeiverordnungen erlassen sind, fallen diese selbstverständlich ebenfalls unter § 823 Absatz 2 B.G.B.

Nach allem kann der widerrechtlich vorsätzlich oder fahrlässig in der Ausübung des Gemeingebrauchs Gestörte Schadensersatz verlangen.

Auch auf Grund des § 826 B.G.B. ist ein Schadensersatzanspruch gegeben, wenn jemand in einer den guten Sitten widersprechenden Weise die Ausübung des Gemeingebrauchs verhindert oder ihr vorsätzlich Schaden zufügt[2]).

Bei Wiederholungsgefahr[3]) ist außerdem die Unterlassungsklage gegeben.

C. Schluß.

§ 17. Rückblick.

Damit ist das Ende der vorliegenden Betrachtung erreicht.

Ein Vergleich der Bestimmungen des Wassergesetzes über den Gemeingebrauch an Wasserläufen mit den früheren

1) a. a. O.

2) Biermann S. 42, Kloess S. 28, Bericht A. H. S. 60.

3) Staudinger S. 1689 Nr. 4.

Rechten ergibt, daß auch das Wassergesetz dem Rechtszustande, wie er sich in Wirklichkeit an den einzelnen Wasserläufen gebildet hat, in weitgehendem Umfange Rechnung getragen und den Gemeingebrauch in ähnlicher Weise wie nach früheren Rechten geregelt hat.

Ja das Wassergesetz ist zum Teil über die Bestimmungen der früheren Rechte insbesondere des allgemeinen Landrechts hinausgegangen.

So läßt das Wassergesetz z. B. die Ausdehnung des Gemeingebrauchs auf künstliche Wasserläufe zu.

Bei natürlichen Wasserläufen erster Ordnung umfaßt der Gemeingebrauch auch das Eislaufen und die Entnahme von Eis für die eigene Haushaltung und Wirtschaft.

Das Wassergesetz erkennt im Gegensatz zum Privatflußgesetz bei natürlichen Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung das Kahnfahren und Eislaufen im sportlichen Interesse als Gemeingebrauch an, falls es beim Inkrafttreten des Gesetzes gemeinüblich oder besonders zugelassen war.

Das Gesetz hat zwar die den Anliegern früher nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts [1]) zustehende Befugnis, ihre Abwässer in die Flüsse insoweit abzuführen, als die Zuleitung das Maß des Gemeinüblichen nicht überschreitet, beseitigt; dafür ist aber die unschädliche Einleitung des Wassers, sowie der in der Haushaltung und Wirtschaft entstehenden Abwässer freigegeben.

Der öffentliche Verkehr auf den Strömen und Schiffahrtskanälen ist auf jede Art von öffentlichen Verkehr ausgedehnt.

Ebenso ist bei den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung jede Art von öffentlichen Verkehr als Gemein-

1) S. 6.

gebrauch erlaubt, falls er beim Inkrafttreten des Gesetzes gemeinüblich oder besonders zugelassen war, also insbesondere auch das Kahnfahren oder Eislaufen.

Im übrigen hat das Gesetz — und damit hat es mit der früheren Rechtsunsicherheit aufgeräumt — genau den Umfang der Befugnisse, die der Gemeingebrauch verleiht, bestimmt und das Verhältnis des Gemeingebrauchs zu den besonderen Benutzungsrechten, vor allem dem Eigentum am Wasserlauf, genau festgelegt. Wenn dabei der Gemeingebrauch hinter den besonderen Benutzungsrechten zurücktritt, so liegt das in der modernen Entwicklung unseres wirtschaftlichen und sozialen Lebens begründet. Hierauf ist übrigens bereits im § 2 der Arbeit[1]) hingewiesen. Es geht nicht an, daß blühende Industrien, die gezwungen sind, das Wasser eines Stromes zu benutzen, mit Rücksicht auf den Gemeingebrauch ohne weiteres daran gehindert werden können, oder daß z. B. großen Städten verboten werden könnte, ihre Kanalabwässer in den Fluß zu leiten, weil etwa dadurch der Gemeingebrauch gestört würde. Hinter diesen berechtigten Interessen muß eben, wie gesagt, der Gemeingebrauch zurückstehen. Selbstverständlich muß aber nach dem Gesetze auf die Bedürfnisse des Gemeingebrauchs, wenn es irgend geht, Rücksicht genommen werden.

Zum Schluß sei noch bemerkt, daß es vielfach[2]) getadelt worden ist, daß das Wassergesetz der Polizeibehörde das Recht eingeräumt hat, den Gemeingebrauch zu verbieten, jedoch zu Unrecht. Es kann ein Verbot durch die Polizeibehörde unter Umständen sehr wohl im Interesse des öffentlichen Wohles liegen. Man denke, es bricht plötzlich eine Choleraepidemie aus. Ein Verbot, das Flußwasser

1) S. 9.

2) z. B. Vossen Pr.V.Bl. 1913 S. 8.

zum Trinken, Tränken, Baden usw. zu benutzen, ist dann doch ohne weiteres gegeben[1]). Ferner ist nicht außer Acht zu lassen, daß z. B. der Gemeingebrauch des Verkehrs auf einem öffentlichen Wege ebenfalls häufig verboten wird.

Gegen unzulässige Eingriffe polizeilicher Organe in das Recht auf den Gemeingebrauch sind ja die im § 15 der Arbeit dargelegten Rechtsmittel gegeben.

1) Vgl. auch S. 74.

Lebenslauf.

Am 15. November 1882 bin ich zu Oeynhausen Kreis Minden als Sohn des Rentners Georg Höfer zu Elze (Hann.) und seiner Gemahlin Luise geb. Hupe geboren. Ich bin lutherischer Konfession.

Auf dem Königlichen Gymnasium Andreanum zu Hildesheim bestand ich am 13. Februar 1903 die Reifeprüfung.

Hierauf widmete ich mich an den Universitäten zu Göttingen, München und Berlin dem Studium der Rechtswissenschaften.

Ich hörte folgende Vorlesungen:

1. An der Universität Göttingen:

Sommersemester 1903.

Einführung in die Rechtswissenschaft bei Prof. v. Hippel.

System des römischen Privatrechts bei Prof. Regelsberger.

Geschichte des römischen Rechts bei Prof. J. Merkel.

Römischer Zivilprozeß bei Prof. Titze.

Gefängniswesen bei Prof. v. Hippel.

Übungen im römischen Recht bei Prof. Titze.

Wintersemester 1903/04.

Deutsche Rechtsgeschichte bei Prof. Ehrenberg.

Grundzüge des deutschen Privatrechts bei Prof. Frensdorff.

Deutsches bürgerliches Recht, Allgemeine Lehren bei Prof. Ehrenberg.

Deutsches bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse bei Prof. Detmold.

Sommersemester 1905.

Übungen im bürgerlichen Gesetzbuch für Vorgerücktere bei Prof. Detmold.

Strafrechtspraktikum (mit schriftlichen Arbeiten) bei Prof. von Hippel.

Deutsches und preußisches Verwaltungsrecht bei Prof. Schoen.

Kirchenrecht bei Dr. Edler von Hoffmann.

Zivilprozeß bei Prof. von Bar.

Gerichtliche und versicherungsrechtliche Medizin bei Prof. Stolper.

Geschichte der preußischen Verwaltungsorganisation bei Prof. Schoen.

Übersicht über die Rechtsentwicklung in Preußen bei Prof. Schoen.

Völkerrecht bei Prof. Schoen.

Wintersemester 1905/06.

Strafprozeß bei Prof. Detmold.

Zivilprozeßpraktikum (mit schriftlichen Arbeiten) bei Prof. Detmold.

Konkursrecht und Konkursverfahren bei Prof. von Hippel.

Erklärung der Digesten Justinians bei Prof. J. Merkel.

Praktikum des Handelsrechts und deutschen Privatrechts mit schriftlichen Arbeiten bei Prof. Ehrenberg.

Verwaltungsrechtspraktikum bei Prof. Schoen.

2. An der Universität München:

Sommersemester 1904.

Deutsches bürgerliches Recht:

Familienrecht und Erbrecht. Prof. Dr. v. Amira.

Allgemeine Volkswirtschaftslehre. Prof. Dr. Lotz.

Deutsches bürgerliches Recht:

Sachen- und Urheberrecht Prof. Dr. Hellmann.

Übungen im bürgerlichen Recht:

Teil I mit schriftlichen Arbeiten Prof. Dr. Grueber.

Zeitfragen der deutschen Finanz- und Steuerpolitik Prof. Dr. v. Mayr.

3. An der Universität Berlin:
Wintersemester 1904/05.

Strafrecht bei Prof. v. Liszt.

Handels- und Schiffahrtsrecht bei Prof. Brunner.

Spezielle oder praktische Nationalökonomie bei Prof. Sering.

Deutsches und preußisches Staatsrecht bei Prof. Hübler.

Wechselrecht bei Prof. Gierke.

Finanzwissenschaft bei Prof. Wagner.

Am 23. Juli 1906 bestand ich die erste juristische Prüfung vor der Königlichen Prüfungskommission des Oberlandesgerichts Celle und am 20. Januar 1911 die zweite juristische Prüfung vor der Königlichen Justizprüfungskommission Berlin.

Nachdem ich etwa zwei Jahre als Gerichtsassessor tätig war, habe ich mich im Januar 1913 in Ülzen als Rechtsanwalt niedergelassen.

Kriegsverheiratet bin ich mit der Tochter des Apothekenbesitzers Dr. phil. Karl Link in Ülzen.

Ich bin Kriegsteilnehmer gewesen und wegen Erkrankung vor Verdun im Juli 1916 einstweilen aus dem Heeresdienst entlassen.